律师经典案例

Selected Cases on law

第五辑

浙江省省直律师协会 主办

唐国华 主编





律师经典案例

Selected Cases on law



律师经典案例

Selected Cases on law 第五辑

浙江省省直律师协会　主办
唐国华　主编



图书在版编目（CIP）数据

律师经典案例. 第5辑 / 唐国华主编. —杭州：浙江大学出版社，2011. 11
ISBN 978-7-308-08956-2

Ⅰ.①律… Ⅱ.①唐… Ⅲ.①案例—分析—中国
Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2011）第157950号

律师经典案例（第五辑）
唐国华 主编

责任编辑 周卫群
封面设计 刘依群
出版发行 浙江大学出版社
（杭州市天目山路148号 邮政编码310007）
（网址：http://www.zjupress.com）
排　　版 杭州中大图文设计有限公司
印　　刷 富阳市育才印刷有限公司
开　　本 710mm×960mm 1/16
印　　张 21.25
字　　数 360千
版 印 次 2011年11月第1版 2011年11月第1次印刷
书　　号 ISBN 978-7-308-08956-2
定　　价 39.00元



前言

随着中国律师业的进一步发展，律师业的专业化水平正逐步发展和提高。我们提倡并鼓励建设专业化的律师事务所和律师，社会发展的需求使社会各层面诸如刑事、民事、行政、知识产权、建筑与房地产、招投标等领域都需要相应的专业律师提供优质的法律服务。简单如离婚纠纷、债权债务纠纷、刑事辩护，复杂如股票上市、收购兼并、大型基建项目等均离不开专业的律师。只有以专业化为前提和基础的律师事务所和律师团队，才是律师业正确的发展方向，才能产生1+1>2的效应。

为推动和促进律师事务所和律师的专业化水平，也使律师的办案实践成果能有效传播与交流，案例是集律师经验、技能、智慧等诸多因素的重要载体。当然，律师不同于专业学者，更不同于作家，为应对日益繁杂的案件工作，大多数律师终日埋头于案件的处理中，因此，非有特殊兴趣和坚定意志恐怕难以将自己的角色转换到学术研究中来。但是，通过办理各类案例，尤其是经典案例为律师提高专业水平、促进交流等提供了一个重要途径。

为此，浙江省省直律师协会召开了律师经典案例征集研讨会，各省直律师积极投稿，经本书编委会集体评议，选了其中部分优秀经典案例出版。案例归类为民事专业、刑事专业、公司与证券专业、建筑与房地产专业、劳动与社会保障专业、行政法专业、知识产权专业、招投标专业、破产专业等九个专业。通过对经典案例讨论点评，充分展现了律师承办案件精华之处，也加强了律师对案件处理经验、技能的相互交流，反映出广大律师的实践成果。

本书案例均为律师作者本人已经办结案件，希望通过本案例选能对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士有一定借鉴和帮助，我们倍感欣慰。不足之处，真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

2011年6月于杭州

目　　录

民　事　篇

刑事篇

行政法篇

公司与证券篇

建筑与房地产篇

知识产权篇

劳动与社会保障篇

非诉法律服务篇

民事篇



船舶建造合同的主体适格及质量验收争议

——金某、宏盛公司船舶建造合同纠纷案评析

杨　捷*

案情简介

原告：金某、宏盛造船公司（以下简称宏盛公司）

被告：顺达船务公司（以下简称顺达公司）

宏盛公司委托金某与被告于2008年7月18日签订了船舶建造合同，约定由宏盛公司为被告建造16500DTW近海散货船一艘，使用泰达船舶设计公司设计、经浙江省船舶检验局审定批准的ZC船舶图纸。被告在合同签订后将全船图纸送CCS福建审图中心进行审批，原告负责申请浙江省船舶检验局台州检验处检验，检验合格后，取得海上船舶检验证书簿转入泉州船检，并同时办妥相关证书。开工时间为2008年7月，交船时间为2009年4月，交船地点浙江省台州临海。船舶总造价7508万元，合同签订时付200万元，船体合拢后付300万元，2008年春节付500万元，船舶下水后再付500万元，余款6008万元待被告办理完船舶入籍后、放船时一次性付清。船舶质量保修期为交船后12个月。2008年7月20日，宏盛公司与被告签订了《船舶建造补充合同》，对上述船舶的部分船体结构及设备等作了补充约定。2009年5月28日，宏盛公司、金某作为乙方与被告作为甲方又签订了《船舶建造补充合同》，载明因受金融风暴等影响，甲、乙双方本着共渡难关等原则补充约定：将上述船舶的合同总造价降低为6650万元，并对价款的支付时间和方式作了相应的变更。

2009年10月10日，浙江省船舶检验局台州检验处颁发了《海上船舶

* 杨捷，女，毕业于杭州大学法律系，主要办理民商事诉讼业务，浙江六和律师事务所专职律师。

检验证书簿》,船名"顺××",船籍港泉州,船舶制造厂宏盛公司,船舶所有人和经营人均为被告顺达公司。

同日,宏盛公司、金某作为乙方还与被告顺达公司作为甲方签订了《船舶建造补充合同》载明上述船舶在规定时间内建造完工,船舶已经试航,对船舶存在的缺陷修正完毕,船舶已处于正常的适航状态。并约定了余款支付方式和期限、违约责任及担保。

之后,双方按合同约定于2009年10月10日办理了"顺××"船舶交接手续。同日,双方还签署了《船舶交接纪要》,载明"顺兴隆"船舶现已建造完工并经检验合格发证,被告对船舶质量无异议并验收合格同意接收。船舶交接纪要仅由金某签字,未加盖宏盛公司印章。次日,被告向金某出具欠条,载明欠金某造船款5000万元。

2009年10月19日,中国船籍社福州国内船舶检验中心在泉州对"顺××"轮颁发了《海上船舶检验证书簿》,其中防止油污证书、载重线证书、适航证书上盖有"临时"字样。次日,被告所属的"顺××"轮,向台州椒江海事处递交了从台州临海至秦皇岛的《航次船舶签证申请单》,该处于同日受理申请并给予出港签证,而后"顺××"轮驶离台州港。

被告因未按约履行付款义务,原告遂向宁波海事法院提起船舶建造合同欠款纠纷之诉,被告顺达公司认为金某属表见代理,不具有原告主体资格,并以原告船舶质量不合格为不需要支付船舶建造欠款的抗辩理由。

争议焦点

一、金某的诉讼主体是否适格

依据我国现行法律法规的规定,个人并不具有造船资质,不能作为建造船舶的主体。金某是否具备原告主体资格,还直接牵涉到本案多个民商合同的效力及民事行为是否合法等问题。被告顺达公司认为金某在本案构成表见代理,不具备原告的主体资格。

二、船舶质量保证期保修期间的质量合格标准

由于被告提出船舶质量鉴定的申请超过了举证期限,也没有在本案中提起反诉,因此有关船舶质量是否合格并未成为两审法庭归纳的争议焦点,但是本案有关船舶质量是否合格的争议则贯穿案件审理的始终。

审理判决

一审审理判决:一审法院根据当事人双方的陈述及提供的被确认有效的证据,认定:两原告内部存在挂靠造船关系,在宏盛公司对外承建被告订购的船舶过程中,金某对内负责造船款投资,宏盛公司负责船舶建造,在宏盛公司与被告签订的船舶建造合同项下的造船价款及其支付方式进行变更后,宏盛公司和金某共同对外与被告设立了船舶建造合同项下的价款结算法律关系。

一审法院认定了金某原告主体适格。

二审审理判决:经审理查明,金某与宏盛公司系挂靠法律关系,并与宏盛公司约定,由宏盛公司负责技术。虽然2008年7月18日《船舶建造合同书》载明合同双方为顺达公司和宏盛公司,但在2009年5月28日、2009年10月10日补充合同中金某均与宏盛公司并列作为建造单位列明,且在2009年10月11日顺达公司出具的欠条中明确欠金某造船款5000万元,故金某是合同的一方的共同履行者,其垫资购买建造船舶的材料,又参与船舶交接以及与顺达公司的结算,故金某具有原告的诉讼主体资格。

经典评析

一、金某是否构成表见代理

由于《合同法》第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象,而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。且若合同相对人主张构成表见代理的,应当承担举证责任,不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素,而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。金某在承建船舶过程中并不符合表见代理的法律规定,原被告双方提供的证据都不能证明金某属于表见代理,因此一审法院经合议庭当庭评议后,释明金某并不构成表见代理。

二、船舶建造相关的当事人

一般来说,船舶建造合同是界定合同双方权利义务的基本依据。我国造船行业适用比较普遍的是国家交通部制定的国内造船合同文本,该文本内容比较完善,其中合同当事人包括:定作方(船东)、承揽方(或称建造方)。

船舶建造合同的当事人一般是定作方和承揽方,还包括担保方。但在

我国的司法实践中,在建造船舶合同的履行前后还涉及相关合同比较多,牵涉当事人比较复杂。在船舶设计时,委托设计方和设计方要签订船舶设计合同。如果在建造过程中,需要对船舶设计进行修改,则设计方也要介入建造过程;在建造过程中,还包括材料、机电设备等供应合同,船舶需要融资的,要涉及抵押贷款合同、融资合同等;船东为多人的,涉及合资(合作)合同,需要对在建船舶投保的,涉及在建船舶保险合同等等;需要委托监理公司对建造过程进行监理的,需要签订委托监理合同;而一旦选定相应的船舶检验机构和检验标准,也需要签订相应的合同。

因此,船舶建造合同中,除了出现多种形式的船东、船舶所有权人外,实践中还存在名为买卖船舶,实为船舶建造合同当事人,以及有融资困难造成的多名大小股东集体出资成为定作方的情况。

而在建船舶的所有权归属一直是海商法领域的争议热点。由于海商法以及船舶登记条例等法律法规均没有对在建船舶所有权归属做出明确规定,所以对于在建船舶所有权归属一直没有统一定论。如果建造合同对在建船舶所有权归属做出明确约定的,法院在审判实践中一般均认为应以约定为准;而办理在建船舶所有权登记也是以建造合同为准,只是未经登记的所有权约定只对合同当事人有约束力,不得对抗第三人。如果当事人对在建船舶所有权没有约定的,则情况就更为复杂。一种观点认为,以《合同法》第二百六十四条"定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的,承揽人对完成的工作成果有留置权"的规定分析,则在建船舶的所有权应属于定作人。另一种观点认为,所有权按归属应属于物权法调整范围,以合同法规定界定物权归属实属不当,在物权法没有对建造中船舶所有权做出规定情况下,应当参照建造合同对付款方式约定来界定所有权,总的原则是以在建船舶使用的材料设备款的投入来源来界定相应的所有权,谁的投入为主,谁就应当享有所有权。在难以区分投入的情况下,按照实际投入的比例实行按份共有。还有一种观点认为,如果建造合同对船舶建造中的风险做出明确约定的,可以参照合同中对风险的约定来界定所有权归属,承担风险的一方享有所有权。

我们认为,第二种观点较为合理。在建船舶所有权归属涉及当事人权益保障,享有在建船舶所有权的一方在建造合同履行中的权益更加有保障。由于船舶的价值构成中原材料和设备的价格占大部分,加工费所占的比例要小得多,以原材料和设备的投入方作为船舶所有权归属方,有利于保护主要投入方的权益,更加公平合理。

本案中，一审法院和二审法院均持第二种观点。

三、船舶质量保证期或保修期质量标准问题

船舶建造合同中，通常会有船舶质量保证期或免费保修期条款，约定在质量保证期内发生船舶质量问题，造船方免费修理。对于超过质量保证期的船舶质量问题，造船企业是否还应承担赔偿责任，审判实践中则经常发生争议。一般而言，产品质量责任属于强制性规范，但我国《产品质量法》并未明确规定产品的质量保证期问题。审判实践中一般认为，首先，设置船舶质量保证期的意义主要在于确定纠纷发生时各方当事人的证明责任归属，而非限定造船人承担船舶建造质量责任的时间尺度，也即质量保证期并非造船人承担绝对船舶质量责任的最终期限。其次，《产品质量法》第 45 条对“缺陷”所作的定义表明，产品“瑕疵”与产品“缺陷”是两个不同的概念，只有当买受者所购产品不具有应当具备的使用性能、产品标准或不符合产品说明、实物样品等方式表明的质量状况时，才属于质量瑕疵，由销售者根据与买受者之间的买卖合同关系承担责任。本案中涉案船舶在交船时经浙江省船舶检验局台州检验处检验符合国家规定的标准及合同约定的标准，颁发了《海上船舶检验证书簿》，在福建入籍时中国船籍社福州国内船舶检验中心又经过检验合格后，在泉州对“顺××”轮颁发了《海上船舶检验证书簿》，因此该船舶在交付时显然不存在质量不合格的情形。被告在合同约定的质量保证期届满，原告提起船舶建造欠款之诉后，提出船舶有质量问题，如果仅仅是使用性能上的不符合要求，根据合同约定造船企业可以不再承担责任。但如果该“不符合要求”已进一步造成船舶在使用性、效能性以外的其他人身、财产损失，比如主机设备突然不能运作，造成船舶沉没、货物受损、人员受伤，那么可以认定船舶存在“危及人身、他人财产安全的不合理的危险”，属质量缺陷问题。本案船舶也没有上述情形出现，被告方在超过举证期限后才提出质量异议，我们理解为仅为针对欠款而提出的抗辩策略。当然，如果确实存在上述情形，被告还是可以另案提起船舶质量纠纷之诉，要求作为生产者的造船企业予以赔偿。

母亲能否作为原告追索孩子的抚养费

——黄某、左某同居关系子女抚养纠纷案评析

陈益娟*

案情简介

2004年,黄某和左某通过电台交友栏目相识之后确立了恋爱关系。2005年5月至2006年3月期间,双方共同租住在某区某村二号路4号3楼。在共同生活了一段时间后,黄某随左某一同去了左某的老家看望其父母,左某将黄某介绍给了叔叔、婶婶等亲戚。之后,左某也随黄某到老家过春节。

2006年3月,双方协议分手,此时黄某发现自己已经怀孕。黄某将怀孕的事告知左某,但双方已经无意再继续共同生活,所以,在黄某父亲的主持下,签订了一份协议,左某赔偿黄某医疗费、交通费、精神赔偿等费用,左某声称自此后对黄某的人身安全及其他事宜概不负责。

黄某本来打算到医院堕胎,将自己与左某的这一段感情做个了断。遗憾的是,当黄某到医院做术前检查时,被医生告知:黄某的身体不适合做引产手术,否则将有可能导致以后不能生育。无奈,黄某放弃了手术,重又回到当地,并将此事告诉左某。然而,左某得知此消息后却避而不见。

为了保证母子平安,无奈之下,黄某在父母等亲人的安排下,匆匆与一个地处偏远山区的男子彭某办理了结婚手续,并疏通关系,领到了准生证。

黄某在生育后不久就将儿子的事通过短信等方式告知了左某,但左某从来未曾看望过儿子,也从未承担过儿子的抚养费,还以各种借口恶意中伤原告。

黄某几次找到左某,但左某仍然避而不见,一直不肯与儿子相认。黄某

---

* 陈益娟,女,浙江政法联律师事务所律师。

带着儿子千里迢迢到了左某的老家，左某的父母不在家，其叔叔、婶婶接待了母子俩。由于孩子相貌长得酷似左某，因此甚得叔叔一家的喜爱，还拍了合照以作为留念。住了几日，左某的父母仍未回家，黄某只得返回老家，将儿子交给父母亲，自己回到当地打工。后又几次到左某的单位寻找，左某均避而不见。最终，黄某诉至法院。

争议焦点

1. 谁是适格的原告之争，即母亲能否作为原告追索孩子的抚养费；

2. 如何正确适用最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条之规定，及如何理解最高人民法院《关于确认非婚生子女生父中男方拒作亲子鉴定如何处理的答复》。

审理判决

某区人民法院依法组成合议庭审理了本案。合议庭认为：有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。本案中原告提供的照片、协议书、医院检查报告、新生儿出生记录等证据相互印证，形成证据链，可以初步证明原告和被告恋爱期间怀孕并生育一子的事实，进而可以证明被告左某系孩子的生父。被告虽否认但并未提供相应证据推翻原告的主张，也未在法院指定的时间进行亲子鉴定，故依法推定被告与孩子之间亲子关系成立。孩子尚未成年，亟须抚养和教育。被告左某有固定工作，每月收入稳定，原告要求被告每月支付抚养费人民币500元的诉请合法合理，应予支持。

2010年10月，法院作出一审判决：原告黄某与被告左某共同生育的儿子由黄某负责抚养，被告左某每月负担孩子的抚养费人民币500元，自本判决生效之日起至孩子独立生活止。

判决后，被告左某上诉。2011年元月，某市中级人民法院予以维持。

经典评析

本案的审理判决，对于有效处理当前非婚生子女抚养费问题无疑具有典型的示范作用。对于本案的判决，笔者深表赞赏。

据调查，当前引发非婚生子女抚养费纠纷的事由，主要有两大类：

1. 恋爱期间，双方对感情关系的处理不够冷静，以致越轨偷食禁果，女方生下孩子，男方逃避责任；

2. 因严重的“传宗接代”的封建思想,不惜违法、违反道德规范,借腹生子,而女方生下了女孩,遭男方抛弃。

不管是哪种类型的事由,男女双方交往均存在隐秘性,一旦发生纠纷,女方要求维权,最常见的便是证据严重不足。以至于在追索子女抚养费纠纷的案例中,亲子鉴定几乎成了唯一的、最重要的证据。而民事案件中,法院无权强制要求男方进行亲子鉴定。这无疑成了此类案件中原告方维权失败的症结所在。也正因为此,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条之规定在此类案件中的正确运用显得如此之重要。

本案中,原告黄某与被告左某恋爱、同居、怀孕、生子。这一过程,除了几张照片、孩子的出生记录(不是出生证),几乎别无其他证据。所幸的是,本案中还有一份被告左某与原告父亲签订的分手协议书。

按常规处理,本案应由孩子本人作为原告起诉,要求其父亲左某支付抚养费,其母亲黄某则为法定代理人。但是,这样处理,本案有一难处——孩子没有合法的身份证明,如何在诉讼中作为原告?代理人认真研究了新的案由规定,发现在同居关系纠纷中有一案由为“同居关系子女抚养费纠纷”,该案由符合本案的事实和诉讼请求。理由如下:

1. 同居关系期间,双方生育了子女,其抚养费应当等同婚生子女,由双方共同承担。这在《婚姻法》中有明确规定,此处不再赘述。

2. 在孩子未成年期间,不直接抚养的一方所支付的抚养费由直接抚养的监护人代为保管和支配,且其本人也应当承担其应当承担的部分抚养费。那么,孩子本身固然可以直接向父母要求支付抚养费,但作为直接抚养的一方,也可以要求对方支付其分担的抚养费。换而言之,作为直接抚养人,其所要主张的是要求对方分担抚养费的请求,以保证将孩子养育成人。

代理人最终决定,以“同居关系析产、子女抚养纠纷”的案由,以孩子的母亲黄某为原告起诉,法院受理了本案。在审理过程中,被告的代理人提出了异议,但经过合理解释,法院认可并支持了代理人的观点。

解决了对适格原告的分歧,紧接着面临的就是证据问题。

本案的证据同样严重不足,几乎没有直接证据。协议中仅仅提到了分手补偿的问题,只字未提孩子的事。这对原告非常不利。原告经代理人向法院提出亲子鉴定的申请,法院通知了被告,被告拒绝做亲子鉴定。在民事诉讼中,法院无权强制当事人做亲子鉴定。眼看本案的维权就要以失败告终,至此,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条几乎成了本案的救命稻草,成了本案中原告胜诉的最后一线希望。然而,为了合

理、正确运用该司法解释，法院要求结合最高人民法院《关于确认非婚生子女生父中男方拒作亲子鉴定如何处理的答复》(法明传 1998 第 208 号)综合考量。对于该答复中"如果被告拒绝作亲子鉴定的，法庭可以根据查证属实并排除第三人为非婚生子女生父的证据，推定原告的诉讼请求成立"的理解成了关键所在。而在本案中，原告黄某为了领取准生证，顺利生下孩子，曾带孕嫁给了当地一男子彭某。而在医院的出生记录上，其父亲一栏写的就是彭某。在这关键时刻，黄某提交了当地法院的彭某与她的离婚判决书，该判决书中明确指出：双方在当地民政办办理结婚登记，之后按农村习俗办酒，婚后双方之间没有夫妻生活，未共同生育小孩，因此法院依彭某的要求判决其与黄某离婚。依此，本案合理排除了第三人为孩子生父的证据。且原告已经初步证明了原告与被告恋爱期间怀孕并生育一子的事实，而被告拒绝作亲子鉴定。依《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条之规定，法院作出了正确、合理的判决，最大限度地维护了原告的合法权益，也维护了未成年人的合法权益。

信托纠纷还是委托合同纠纷之辨析

——记一起因股权代持而引发的纠纷

刘为平　司　扬*

案情简介

原告:马某

被告一:吉某

被告二:杭州 M 公司

被告一吉某原为一家知名投资公司(以下称为 A 公司)的执行总裁,因看好奥克公司的发展前景,便自行投资其股份。案发前,原告马某及被告二 M 公司的法定代表人张某均为 A 公司的员工,知晓此事后,向被告一表示也愿意以被告一的名义共同出资参股。2007 年 6 月,原告与被告一在签署了奥克公司《股权认购及代持凭证书》后,马某及另 14 人以 4.08 元/股的价格共出资 460 万元,以被告一吉某的名义购买了奥克公司的 115 万股份,其中原告马某购买了 50 万股出资 204 万元。在被告一吉某股权代持期间,原告、被告一吉某及部分被代持人相继离开 A 公司,其中张某离开 A 公司后自行组建成立了被告二杭州 M 公司,与被告一有业务上的交往互助。

2008 年 7 月,奥克公司分厂所在地的化工园区因受到其他企业的环保事件影响而被列为环保部核查对象,原告马某从网络等媒体了解到此情况后,认为奥克公司上市存在困难,不能达到其出资认购时的初衷,于是联合仍在 A 公司工作的其他被代持人向被告一吉某要求以不低于 9 元/股的价格转让所有股份,15 名被代持人均与被告一吉某分别签署了《关于出售奥

* 刘为平,男,北京大学研究生毕业,上海市锦天城律师事务所杭州分所高级合伙人,专职律师,擅长民商事诉讼及非诉讼业务、刑事诉讼业务等。
司扬,男,华东政法大学法律硕士,上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师,从事民商事诉讼及非诉讼业务等。

克公司股权确认书》。

被告一吉某因一时间无法找到其他投资者愿意受让原告马某及其他被代持人的持有股份，当时找到被告二M公司，希望M公司能买入这些股份。经过M公司股东会讨论，M公司最终以9.3元/股的价格受让了115万股中的100万股，被告一吉某也自行出资以同样的价格受让了剩余的15万股。被告一与被告二于2009年5月22日签订《股权转让协议书》，一周之后被告二M公司一次性向被告一吉某账户汇入约定金额的股权转让款，被告一吉某收到被告二M公司股权转让款的三日内与十五人分别约定，将股权款如数转入十五人指定的工商银行个人账户，其中对于原告马某不仅全额支付了转让款412万元，还另支付了2008年的分红款16万元。

2009年3月，由于创业板的开通，奥克公司的股票于2010年4月26日成功在创业板上市。原告马某得知奥克公司上市后，认为当初2009年5月出让的9.3元/股的价格明显偏低，奥克公司上市当天公开发行价为84元/股，被告一吉某存在欺诈行为，且被告一吉某与被告二M公司间存在关联交易，属于“自己卖给自己”。因此原告马某以被告一吉某违反信托法的规定进行欺诈为由，一纸诉状诉至法院，请求：1. 撤销被告一将原有的奥克公司股份转让给被告二的行为，并判令两被告将上述股份归还原告(股份购买价为4元/股，马某50万股合计200万元)；2. 判令被告一吉某支付2008年度分红款(每股分红0.4元)；3. 本案的诉讼费用由两被告承担。

争议焦点

1. 本案属于信托纠纷还是委托合同纠纷；

2. 二被告是否存在自我交易行为；

3. 被告一吉某是否有欺骗原告转让股份的行为，原告在转让时是否是其真实意思表示。

审理判决

法院经审理认定，本案属于委托理财合同纠纷，应适用《合同法》的相关规定，被告一吉某提供的由原告签署确认的出售奥克公司股权《意见确认书》为原告的真实意思表示，原告诉被告一吉某存在欺骗行为的证据不足；被告一吉某与被告二M公司虽具有一定的关联性，但在法律上是两个不同的主体，且原告签字确认的出售股权的《意见确认书》中并无限制买受人身份，故被告一吉某与被告二M公司的受让行为不能认定为自我交易。另外，原告已经全额收到了被告支付的股权款和2008年的分红款，据此法院

驳回了原告的全部诉讼请求,原告接到判决书后没有提起上诉。

经典分析

一、从事实入手找准抗辩的切入点,是赢得法庭支持的关键

本案中笔者接受被告一吉某的委托,认真审阅了原告的诉状及证据材料后,开始感到奇怪,为什么原告要以民事信托纠纷为由起诉被告呢?乍一看,原告以 9.3 元/股出售转让的委托代持股权,仅在一年后就实现上市发行,发行股价达 84 元/股,原告是不是真的吃亏了呢?经过调查核实,笔者发现原告的起诉存在隐瞒事实和歪曲事实的重大问题。我们只有从核准事实材料入手,才是赢得法庭支持的关键。因此,笔者着重向法庭揭露了原告隐瞒和歪曲事实的问题。

(一)原告编造诉讼事实与理由的特征是十分明显的。主要体现在:

1. 原告故意隐瞒了双方解除奥克公司《股权认购及代持凭证书》的事实。原告方已经不再持有《股权认购及代持凭证书》的原件,该份合同原件已由双方在解除委托代持关系后,由原告自愿交还给被告一吉某。原告在起诉时刻意隐瞒了这一事实。

2. 原告在起诉时故意隐瞒了双方曾经就委托出售代持股权一事而签订出售奥克公司股权《意见确认书》存在的事实。该《意见确认书》的制作和产生过程,正是原告方与 A 公司办公室主任罗某(也是被代持人之一)一起办理的。

3. 原告编造了被告一吉某向其宣称奥克公司无法通过环评并建议原告出售代持股权的事实。

原告在起诉状称被告一于 2009 年 5 月告诉原告奥克公司无法通过环保部门环评等,建议原告将代持股权出让。但对于这段指控,原告在庭审中却无法提交证据予以证明,笔者认为这完全是原告一方杜撰的。被告一吉某也当庭表明,他从未向任何一个被代持人要求过出售代持股。事实上是被代持人中的黄某、吴某等人在自行了解到环评事件后,代表所有股权被代持人主动找到吉某,要求其代为出售股份的,也因此被告一才要求全部欲出售股份的被代持人都需出具书面委托书。

4. 原告编造了被告一吉某将 100 万股代持股份"自己卖给了自己"的事实。

被告一吉某代持的股权为 115 万股,其中转让给本案被告二 M 公司的

为 100 万股。本案原告的 50 万股全部由本案被告二受让，被告一作为自然人，没有受让原告任何一份代持股。原告方故意把一个自然人与被告二这样一个多种股东身份组合的法人混为一谈，抹杀了法人行为和自然人行为的本质区别。被告一间接持有在被告二处的股权只有 0.45%，可见这个“自己卖给自己”的事实从形式到内容都是不成立的。

（二）本案中，原告为混淆事实刻意制造了部分证据，笔者发现后向法庭一一严正指出。

二次庭审，原告提交的证据及补充证据共达 21 份，此外还申请法庭调取证据。这么多份证据非但不能证明其隐瞒和编造的上述四个基本事实，而且还企图混淆以下三个事实：

1. 关于奥克公司环评方面的事实。

原告首先编造了被告一向其宣称奥克公司环评出问题的事实，然后罗列大量证据证明奥克公司环评没有问题，以期证明系被告一刻意设下的陷阱。但是庭审证据表明，奥克公司环评的确存在问题，这可能影响其如期上市的目的。而这个消息也是十五位股权被代持人中的宋某通过关系去证实并告知所有被代持人的，继而引发了原告等股权被代持人的恐慌和猜测，十五名股权被代持人先后在 A 公司办公室主任罗某的串联下签订了出售股权的《意见确认书》，要求出售所持奥克公司股份，所以这其中根本不存在吉某向他们传播散布奥克公司环评无法通过的事实。原告在庭审中列举大量奥克公司环评可以通过的证据材料，只是为证明一个根本不存在的谎言，是为了混淆事实而刻意制造的证据。

2. 关于奥克公司股权转让价格的事实。

（1）原告的证据中，有些故意不向法庭提交完整的证据，断章取义，欲误导法庭作出错误的事实判断。例如奥克公司的《关于公司成立以来股本演变情况的说明》，原告只取其中五页提交，而隐匿了其他重要事实：2007 年 6 月，吉某以 1500 万元受让了奥克公司 375 万元出资股权，即 4 元/股受让股权。此间仅一个月内股权溢价 100%，作为原告在内的十五名被代持人均没有异议。这充分表明了非上市股份公司私募定价的特性。即使同一个卖方在不同的时间段，卖给相同的买方，价格都可以相差一倍甚至更多，更何况是不同的买卖双方呢？

（2）原告主张转让出售股权价为 9 元/股以上，当时与被告二 M 公司实现成交价为 9.3 元/股，已实现了合同约定。这仅局限在出让方与受让方二者交易之中，绝非市场公开招募价。2009 年 6 月，奥克公司增资扩股也属

私募的范围,只局限在公司高层与参与私募的新增股东之间,股权出让和受让并非公开的市场招募行为,两个股东之间的受让和转让没有参照可比性。原告明知私募股价的隐秘性、不可比性,却故意搜集证据证明出让价格偏低,混淆了公司私募资金和公募资金的政策是非界限。

最高人民法院最近发布的《公司法解释二》对于《合同法》第七十四条规定的“明显不合理的低价”作了如下解释:“人民法院应当以交易当地一般经营者的判断,并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价,结合其他相关因素综合予以确认。转让价格达不到交易时交易地的指导价格或者市场交易价百分之七十的,一般可以视为不合理低价”。私募股权交易时,具有较强的针对性和隐私性,受让方除了考察股权标的企业的业绩和各种综合发展因素外,十分注重每股的净资产含量。对于溢价部分,往往使受让方根据自己的财力能力量力而为。奥克公司的股权市场价在上市前浮动很大,尤其是私募基金没有可参考性,也没有确定的交易时、交易地的指导价。原、被告方根据奥克公司的股价净资产来判决市场价格,完全是协商一致的结果。事实上,原告出售股权获利已是奥克公司当时股权每股净资产的 3.3 倍以上,根本不存在“不合理的低价”的情况。

3. 原告在诉状中称,被告一将股权转让给被告二,属“进行自我交易”的行为。为此,原告先列举 6 组证据欲证明被告一系被告二的实际控制人,但法人和自然人并不是等量齐观的关系,事实证明被告一吉某间接所持被告二 M 公司的股份只有 0.45%,如何能成为被告二的实际控制人?故原告又补充了证据,证明被告一参股的杭州某公司受托管理被告二,双方是“委托管理”的关系。笔者再次指出,被告一吉某与被告二 M 公司不是一个人,不存在“自己和自己”的关系,被告一参股的杭州某公司与被告二更不是“自己和自己”的关系,而是两个公司法人。被告二受让股权时,被告一吉某作为自然人并不能等于或等同被告二。在被告二作为公司法人自主行为时,被告二的全部行为只是公司法人行为。被告一和被告二发生的交易行为,并不是《公司法》及我国其他相关法律所禁止的那种关联交易行为。原告证据证明恰恰不存在“自己卖给自己”的行为。

二、针对原告诉讼请求不能成立提出法律依据

1. 代持股——不具有法律意义上的真正所有权,不具备可返还性。

原告诉讼请求是“撤销”两被告的股权转让行为,判令两被告“将涉案股份归还原告”。这一诉讼请求有悖我国现有法律的规定。我国现有法律虽

然没有对隐名股东与代持股事宜作禁止性规定，但《证券法》明确规定了公司股东的权益和责任。证监会2009年3月31日发布的《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第17条规定："发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东所持发行人的股份不存在重大权属纠纷"。从法律意义上讲，原告及其他十四名被代持人不具有真正的股权身份，因此，原告所被代持并已转让的股权无返还的依据。被告一吉某基于合同关系代持并处置转让的股权，应按照合同的约定来办理，如合同约定不明确，应依照《合同法》的相关规定处理。

笔者认为，从庭审的双方证据来看，原告被代持的股权并没有设立登记，原告的权利只能依从原、被告的双方合同约定，而原、被告之间的代持合同已经解除，原告手中并不持有合同原件，其代持凭证和出售股权的《意见确认书》均交由被告一保管，被告一也依约将受益9.3元/股的对价款全额交付原告的指定账户。合同关系已在平等自愿的基础上解除了。原告要求返还股权的请求，显然与合同约定不符。所以原告的诉请既不符合法律规定，也不符合合同约定。

2.本案争议不符合信托法律特征。

原告在编造、隐瞒重要事实的诉状中，认为"双方之间构成信托法律关系"。但笔者认为原告与被告一之间签订的《股权代持凭证》和出售股权《意见确认书》为一个统一的合同文件，它不符合信托法律特征。

我国《信托法》第九条规定："设立信托，其书面文件应当载明下列事项：(一)信托目的；(二)委托人、受托人的姓名或者名称、住所；(三)受益人或者受益人范围；(四)信托财产的范围、种类及状况；(五)受益人取得信托利益的形式、方法。除前款所列事项外，可以载明信托期限、信托财产的管理方法、受托人的报酬、新受托人的选任方式、信托终止事由事项"。

《信托法》第十条规定："设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的，应当补办登记手续；不补办的，该信托不产生效力"。

从这些法律规定看出，股权信托是必须要有明确的权属关系的。隐名股东与代持股是无法设立权属登记的，因此也无法办理信托登记的。不办理信托登记的股权不产生信托法律效力。客观地说，即便是原告当初有办理信托法律手续的愿望，可作为一名隐名股东，其持有的代持凭证也是无法实现信托法律关系的。所以原告方刻意编造证据，又故意隐瞒许多重要事实，试图把双方纠纷纳入信托法调整的范围，这显然不仅与事实不符，也与

法律相悖。法院经审理判决认定:“本案原告与被告吉某虽然签订了《股权认购及代持凭证书》,但该凭证书没有明确的信托目的,没有受托人的管理或者处分权限和范围,也没有受托人的报酬等事项的明确约定,不符合民事信托法律关系构成要件。”

3. 对本案基于合同关系产生的纠纷,应依《合同法》相关法律规定处理。

笔者指出,原告与被告一吉某之间形成的《股权代持凭证》和出售股权《意见确认书》系合同关系,双方构成的是委托合同关系,符合委托合同法律关系的特征。

我国《合同法》对委托合同的法律特征及委托人、受托人、第三人的权利义务作了详细的规定,受托人应当按照委托人的要求,亲自处理委托事务,报告委托事务的处理情况,因处理委托事务取得的财产,应当转交给委托人;受托人以自己的名义,在授权范围内与第三人订立合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间代理关系的,该合同直接约束受托人和第三人,除非委托人有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人。

据此,被告一吉某的行为并没有超越委托人的授权范围,委托合同终止时,作为受托人已如实向原告报告了委托财产的处理结果,并将取得的9.3元/股股权对价款全额如数转交给了原告。合同终止符合法律规定。

除了以上这几点外,笔者还注意到原告的诉讼请求没有法律依据,不仅表现在要求返还股权上,还突出表现在请求法院撤销被告一吉某和被告二M公司的股权转让行为。这又不符合《合同法》关于撤销权的法律规定。

首先,《合同法》规定,受托人以自己的名义在委托人的授权范围内与第三人订立合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人。按《合同法》第五十四条的规定,当事人一方请求人民法院撤销的只能是“合同”,不能是“行为”。这是非常重要的一点。

其次,《合同法》规定的可撤销合同有法定情节:一是因重大误解订立的;二是在订立合同时显失公平的;只要是一方以欺诈胁迫手段使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损方均可以请求行使撤销权。本案中,被告一吉某作为受托人是代表委托人原告一方与被告二M公司签订合同的,以9.3元/股价格出让股权系原告方真实意思的体现,合同约定符合原告一方自己制作的股权出售《意见确认书》中的授权,被告二不存在欺诈和胁迫的任何违法行为。合同依法成立。所以,原告请求撤销权不具备法定情节。

第三，即使按照原告诉状所称，被告一与被告二恶意串通，“隐瞒真实情况，进行自我交易”，那应属于《合同法》第52条规定的无效合同。按《合同法》第56条的规定：“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力”。那么，按照原告诉状中编造的事实，原告的诉讼事由应当属于法院确认合同是否有效的范围，而不属于请求行使撤销权的法定范围。

本案中笔者的代理意见，完全被法庭采纳。一审判决后，原告马某没有上诉，判决发生效力。本案对那些隐名股东、代持股份的假名股东，都是一个很好的启示。



形式审查还是实质审查

——应某诉浙江某公司管辖权纠纷案评析

章　栋*

案情简介

2009年2月,应某以民间借贷纠纷为由向A市人民法院提起诉讼,要求浙江某公司偿还本金和利息。因原告的住所地在A市,所以A市人民法院(以下简称"A市法院")受理了该案。2010年7月,A市法院经过审理作出《民事裁定书》,以本案不属经济纠纷案而有经济犯罪嫌疑为由驳回原告应某起诉。后应某上诉到A市法院的上级法院即B中级人民法院,上诉过程中应某又撤回上诉。B中级人民法院于2010年8月16日作出《民事裁定书》准予上诉人应某撤回上诉。

2010年8月应某又向C市D区人民法院(以下简称"D区法院")提起诉讼,继续以民间借贷纠纷为名起诉浙江某公司,要求其偿还本金及利息,并将金华某公司列为第二被告,要求其承担连带担保责任。原告应某自称其住所地在C市D区,因此D区法院受理了该案。在诉讼过程中,原告应某又撤回对金华某公司的起诉,D区法院以《民事裁定书》准许原告应某撤回对金华某公司的起诉。

浙江某公司收到D区法院应诉材料后,向D区法院提出管辖权异议。管辖权异议的主要理由为:《借款合同》约定纠纷"应在甲方(应某)住所地提起诉讼",而应某的住所地并非C市D区。在A市法院的《民事裁定书》和B中级法院的《民事裁定书》中均认定应某的住所地在A市××路××号×单元×××室,而非其声称的C市D区×××A幢××号,因此本案应

* 章栋,男,西南政法大学法学硕士,现任浙江浙经律师事务所专职律师,主要从事民事、公司等专业领域。

由A市人民法院受理。D区法院经过审理，于2010年9月25日作出《民事裁定书》，认定原告住所地在A市，本案移送至A市人民法院处理。

应某不服D区法院裁定，向C市中级人民法院（以下简称“C市法院”）提起上诉。应某在其上诉材料中提供了五份证据证明其住所地在C市D区，包括房屋租赁合同、居住人口登记表、暂住证、营业执照和销售不动产统一发票。浙江某公司在收到应某上诉材料后，向C市法院提交了《上诉答辩状》，在答辩状中浙江某公司对应某的五份证据的真实性、合法性和关联性均提出了质疑，并请求法院对以上证据进行质证，但C市法院仍只对该案进行了书面审理。2010年11月11日，C市法院作出《民事裁定书》认定“上诉人与被上诉人在借款合同协议中约定：如协商不成，可向（《借款协议》中原文为‘应向’）甲方即上诉人住所地法院提起诉讼。上诉人与被上诉人签订的借款合同协议所在地和上诉人的常住地均在C市D区。C市D区人民法院享有管辖权。”在《民事裁定书》中未对应某提供的证据予以认定，也未对应某住所地的认定进行说理。后本案仍由D区法院管辖。

争议焦点

1. 应某的住所地为A市还是C市D区；
2. 本案的管辖法院是A市法院还是D区法院。

审理判决

1. 本案一审法院D区法院作出《民事裁定书》裁定“本案移送至A市人民法院处理。”

2. 本案终审法院C市法院作出《民事裁定书》裁定“一、撤销C市D区人民法院民事裁定；二、本案由C市D区人民法院审理。”

经典分析

本案两级人民法院都仅仅进行了书面审理，原被告双方在长达近两个月的管辖权纠纷案件中的发言权极为有限，既不能在法庭上就自己的观点进行言辞辩论，也不能对对方提供的证据进行有效质证。最后在两级人民法院的《民事裁定书》中都没有对原被告双方提供的证据进行认定，更没有对法院认定的结论进行说理。应该说，无论一审D区法院的裁定还是二审C市法院的裁定，裁定生产的过程和裁定最终的结论都不能让原被告双方信服，这使得法院裁定的权威性和公信力大打折扣。应该说，这种情况在我国司法界是普遍现象。而之所以会产生这样的情况，根本原因还是我国现

有的管辖权纠纷的审理模式造成的。

一、审查方式行政化,审查范围形式化是法院处理管辖权案件的主流

(一)管辖权异议案件的审理完全由法院主导,当事人难以参与审理

《中华人民共和国民事诉讼法》第三十八条规定:"人民法院受理案件后,当事人对管辖权有异议的,应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议,应当审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。"该条中明确规定对当事人的异议,采用的是"审查"模式。"审查"与"审理"虽然只有一字之别,却很好地反映了这两种方式质的不同。"审理"强调平等性、公开性,"审查"则带有单方性、职权性;"审理"带有司法属性,"审查"则带有浓重的行政色彩。具体到管辖权异议的司法实践中,对管辖权异议的审查不须开庭审理,而是由法院单方面依据管辖规则进行审查,将整个司法程序行政化。行政化模式强调法院在解决管辖权异议中的权威作用,带有极强的行政程序的性质,漠视了当事人的诉权,当事人对管辖权异议处理的结果影响甚微。

在本案中,我们就可以明显看出两级人民法院在审理过程中都未进行开庭审理,仅仅是对当事人的书面材料进行审查,当事人既不能参与"审查"过程,也不能从法院最后的裁定书中摸索出法院的"审查"思路和得出结论的理由。当事人虽然是管辖权纠纷的提起者,却非但难以在纠纷的处理过程当中发挥作用,甚至难以窥探法院处理的过程。因此,行政化的审查方式带有强烈的封闭性,与《中华人民共和国民事诉讼法》第十条规定的"公开审判"原则及"司法公开"的法理相违背。而法院无法做到"公开",则根本难以做到公平、公正,至少难以让当事人相信法院是公平、公正的。

(二)因为审查方式行政化,导致管辖权异议案件的审理只能以形式审查为主

司法实务中对管辖异议的审查形式大致有三种观点和做法:(1)认为对管辖权异议的审查是形式审查。该观点无非认为程序与实体应有严格区分,程序审查过程中不应干涉实体问题。(2)认为对管辖权异议案件应作实体审查。理由大致是法院对案件审判权的具体行使有赖于管辖权的确定。按照我国民诉法的立法精神,若法院对案件无管辖权,则排除了法院对该案的审判。因此,对管辖权的审查应是实质性的,这样做有利于审判的稳定和公正。(3)主张以形式审查为主,实质审查为辅。该观点实质是前两种观点的折中,但这种观点未说清楚主与辅的程度与界限,实质审查作为"辅"应该

什么时候启动，应该如何进行，这些都是待解决的问题。

笔者认为，在现有的行政式的管辖权异议审查方式下，法院难以通过采取实质审查方式来处理管辖权异议纠纷。在没有开庭审理、也不举行听证的情况下，缺少了当事人的参与，法院只能依据异议人提交的异议申请和起诉的相关材料进行判断。在这种情况下，对实体进行审理，其合法性自然会遭到质疑。一旦对实体有所裁判，即会被认为未审先裁，违反了诉讼程序。在实践中，因为缺少法律的制约，法院为加快诉讼进程，节约审理成本，往往愿意选择成本更低、效率更高的形式审查。本案中，法院省去了开庭的程序，省去了证据的核查，甚至省去了裁定书中的说理部分，但是因为再审程序繁琐、时间漫长，所以当事人难有申辩的机会，只能无奈地接受法院的处理结果。

二、我国现行的管辖权异议审理模式导致我国民事管辖制度极易被规避

本案中，应某先以其住所地在 A 市为由向 A 市法院提起诉讼，后又以其住所地在 C 市 D 区为由并虚构被告金华某公司向 D 区法院提起诉讼，在 D 区法院受理后又撤回对金华某公司的起诉。这便是典型的规避我国民事管辖制度的行为。而应某的行为之所以能成功，即是我国现行的管辖权异议审查制度造成的。本案中，应某提供了 5 份证据用以证明其住所地在 C 市 D 区，但是在浙江某公司看来这些证据都不足以证明应某在 C 市 D 区居住一年以上，且其提供证据存在伪造可能，但是因法院仅仅是形式审查，浙江某公司没有机会对此深入发表意见，导致应某的诉讼在 D 区法院进行审理。后即使在 D 区法院进行实体审理过程中发现应某的住所地存在问题，因为上级法院已经有了终审裁定，也只有继续审理，当事人和法院对此毫无办法。从本案可以看出，当事人住所地这么一个小小的问题，就可以轻易规避我国的管辖制度，形式审查的危害便可想而知了。

有学者对我国现在流行的规避民事诉讼管辖制度的行为做了细致的归纳，主要有以下几种行为：(1)虚列被告；(2)滥列第三人；(3)强行担保；(4)虚假债权转让；(5)协议管辖；(6)单方修改合同；(7)牵连管辖；(8)转换诉讼事由。[①] 如果仅仅进行形式审查，以上任何一种规避行为都轻松规避我国现行民事管辖制度。其中 1、2 属于诉讼主体类型的规避行为，法院即便正

---

① 引自何大新、饶辉华著：《民事"管辖陷阱"类型化分析及其破解》，http://www.110.com/ziliao/article-145021.html

确识别出虚设的被告,处理起来也并非易事。因为程序意义上的被告,只要符合《民事诉讼法》第一百零八条规定的"有明确的被告"这一条件即可。即便被告与原告的诉求没有直接的利害关系,这属于被告主体错误,驳回诉讼请求是实体判决,并非管辖争议阶段所能解决的。而3、8属于实体法律关系类型规避行为,原告以债权转让、强行担保、单方变更合同等方式,改变、创制或者虚构实体法律关系,实现规避管辖之目的。传统的审判理念认为,"法院应当根据原告提供的材料,先解决管辖这一程序性问题,然后通过开庭、辩论、举证等来查明实体问题。先确定管辖,再查明实体,这本是法院审理案件的客观、普遍规律"。传统理念导致法官对管辖争议仅进行形式审查,出现了"鸵鸟心态",即虽然感到原告有制造陷阱的嫌疑,但是担心越俎代庖,与以后的实体判决产生矛盾,而拒绝进行实质审查。[①]

因此,对于简单的案件,只进行形式审理虽然有些可以判断其纠纷性质的,但是对于复杂的案件,只进行形式审理是不够的。比如在经济纠纷案件中,经常出现合同名称与合同确定的权利义务不符的情况,法官在审查异议的过程当中,若不对合同权利义务进行审查,很难对合同进行准确定性。因此,只进行形式审查根本不能对许多管辖权异议案件做出正确判断,甚至会被许多当事人利用,使我国的民事诉讼管辖制度遭到破坏。

三、改变管辖权异议审查模式,防止民事管辖制度"虚设"

本案中如果法院对管辖权案件进行开庭审理,双方当事人进行举证质证和法庭辩论,那么即使裁定的结果没有改变,至少当事人可以认为法院的审理是公平、公正的。因此,改变管辖权异议审查模式的关键在于将以"审查"为核心的行政化模式变革为以"审理"为核心的司法化模式。

北京市高级人民法院2009年12月20日颁布《管辖权异议上诉案件审理工作规范(试行)》(以下简称"《规范》"),对管辖权审理模式的改革进行了有益的实践。其中《规范》第三条规定:"管辖权异议上诉案件应当组成合议庭适用普通程序审理。"第十二条规定:"管辖权异议上诉案件的审理可以采用召集当事人询问(谈话)后径行裁定的方式审理,也可以采用开庭方式审理,承办法官可以根据案件需要决定审理方式。下列案件应当召集当事人进行询问:1. 一审法院作出移送管辖的裁定时,未听取原告意见的;2. 双方

① 引自何大新、饶辉华著:《民事"管辖陷阱"类型化分析及其破解》,http://www.110.com/ziliao/article-145021.html

当事人对确定管辖权的事实争议比较大，且通过一审案卷中的证据材料不能完全查明的；3. 上诉时当事人提供了可能影响案件事实的新证据；4. 涉外及涉港、澳、台案件；5. 其他需要询问的情况。一审裁定可能错误需要改裁的案件，应当开庭审理。”第十三条规定：“下列案件经当事人同意后进行书面审理：1. 当事人一方或双方在外地，参加询问比较困难；2. 案件有关管辖的约定比较明确，双方争议不大；3. 法律对管辖规定明确，双方对确定管辖的事实没有争议或争议不大；4. 其他可以采用书面审理的情形。”北京市高级人民法院在《规范》中确立了以“开庭审理为主，书面审理为辅”的原则，为管辖权异议审查模式司法化迈出了实质性的一步。

首先，《规范》使管辖权异议的审理真正做到了去行政化。《规范》规定，管辖权异议上诉案件应当组成合议庭使用普通程序审理。该规定在不违反先行法律的前提下，将管辖权异议案件的审查真正赋予司法含义。在当今许多行政行为都逐步司法化的形势下，《规范》使管辖权异议的审理司法化，符合整个社会对公平、公正的追求。

其次，当事人真正成为了管辖权异议案件中的参与者。司法的明显特征就在于法院中立裁判，当事人充分参与辩论。当事人的参与不仅使得案件的事实更加清楚，更重要的是使当事人对法院产生信任，增强法院判决或裁定的权威性。《规范》规定，法院在未征得当事人同意的情况下都必须开庭审理或召集当事人进行询问，真正符合了司法公开化、透明化的要求，增加了法院的权威。

最后，《规范》有效地打击了恶意规避管辖权及滥用管辖权异议的行为。对管辖权异议进行实质审理后，不论是诉讼主体类型的规避行为还是实体法律关系类型的规避行为，都可以得到有效遏制。同时，在形式化审查的情形下，被告提起管辖权异议的成本过低，只需要提交一份管辖权异议申请书或民事上诉状即可将整个案件拖延至少一个多月，使得管辖权异议经常被滥用。《规定》使当事人提起管辖权异议的成本大幅提高，可以有效遏制一部分管辖权异议滥用行为。

当然，北京市高级人民法院的《规范》才适用了一年时间，其效果究竟如何还有待实践检验。特别是如何在开庭审理的情况下，提高管辖权异议审理的效率，加快案卷的流转速度上还有许多可以改进的地方。但是，在司法愈来愈公开化，立案庭的职权体现得愈来愈充分的形势下，管辖权异议纠纷案件由形式审查为主流逐步向实质审理为主流过渡，将是整个司法审判实践的大势所趋。

执行案件中案外人权益的保护不仅仅是程序问题

——吉林省A镇镇政府作为执行案外人提起诉讼的遭遇

刘为平　陈慧梅*

案情简介

原告:吉林省A镇镇政府

被告一:长春市B公司

被告二:诸暨市C公司

2003年底,原告吉林省A镇镇政府为招商引资,与被告一长春市B公司签订协议,约定原告将其辖区内的工业园区中的5万平方米土地使用权划给被告一使用并建造厂房等,被告一需向原告缴纳225万元土地使用费,同时需向原告所在县的国土行政机关办理土地转让手续。依据吉林省土管部门的相关规定,土地出让费用为240万元。协议签订后,被告一按协议约定向原告缴纳了225万元土地使用费,但一直未向县级土管行政机构缴纳土地出让费用。2005年上半年,被告一B公司法定代表人找到原告相关领导,称企业有向外融资需要,故恳请原告发放5万平方米土地的临时土地使用权证,并承诺在融资后立即支付土地转让费用。原告出于推动本地经济发展,保护民营企业的目的,协调了镇土管所等部门,向被告一发放了镇临时土地使用权证复印件,但未在县级土管行政机构办理土地登记手续和备案手续。由于被告一仍未缴纳土地出让费用,原告很快于2005年7月30

* 刘为平,男,北京大学研究生毕业,上海市锦天城律师事务所杭州分所高级合伙人,专职律师,擅长民商事诉讼及非诉讼业务、刑事诉讼业务等。

陈慧梅,女,浙江大学法学硕士,上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师,从事民商事诉讼及非诉讼领域。

日专程致函被告一撤销了该镇临时土地使用权证，尔后县级土管行政机构也登报作了注销公告。但此后原告发现，由于被告一与被告二之间的商业纠纷，被告二已将被告一诉至A法院，并申请法院查封了该5万平方米土地中的25000平方米土地的使用权。被告二与被告一的案件经二审判决后，该25000平方米土地使用权被作为被告一的财产由A法院裁定执行，原告作为执行案外人获悉后，立即向法院提出了执行异议。A法院于2009年1月7日作出民事裁定，驳回了原告的异议，仍然认定该土地使用权属被告一，并要拍卖此已查封之土地，同时告知原告不服该裁定可以在15日内提起诉讼。原告在2009年2月1日收到该裁定后，立即于2月6日向A法院提起诉讼，其请求事项表述为"请求法院撤销1月7日所作出的裁定"。A法院收案后，通过立案审查近一个月才于3月2日以"提出诉讼请求不符合法律与司法解释"为由，裁定不予受理。原告不服，于3月7日提起上诉，上级B法院于5月24日作出"维持原裁定"的裁定。原告于是在6月8日变更诉讼请求，以诸暨市C公司(执行申请人)为第一被告，以长春市B公司(被执行人)为第二被告，诉讼请求为：1. 请求判令被告一申请追加执行的土地使用权属原告，立即停止被告一对该土地申请的强制执行；2. 请求判令被告二提供的土地使用权证复印件属无效法律文件；3. 请求判令被告一、被告二赔偿因讼争给原告造成的直接经济损失5万元人民币；4. 本案诉讼费由两被告承担。本案由原执行法院A法院立案审查后受理。

争议焦点

本案由于未真正进入实体审理，因此其争议焦点始终围绕在对《民事诉讼法》第二百零四条的理解问题上。

审理判决

A法院民一庭并没有开庭审理本案，仅以《民事诉讼法》第二百零四条之规定认为原告是以案外人身份提起诉讼，对执行标的主张实体权利，并请求对执行标的停止执行，但其提起诉讼的时间已经超过了2009年2月1日裁定送达后法定的起诉期间15天，故裁定予以驳回原告的起诉。原告不服裁定，上诉至B法院。B法院在审查后，认为原告是对执行异议之诉法定期间的理解错误，因此也作出"维持原裁定"的裁定。之后原告又提出再审申请，再审法院立案审理后于2011年11月30日最终作出维持原裁定的裁定。

经典分析

一、原告是否怠于行使其对执行异议的诉权?

笔者是在原告于2009年5月24日上诉期接到B法院“不予受理”的裁定书后介入此案的。在了解案件情况,分析了《民事诉讼法》第二百零四条规定后,笔者认为若机械理解、适用二百零四条的规定,执行法院原裁定与事实不符,对原告明显不公。原告之前的诉讼请求确有错误,故笔者积极帮助原告立即变更了诉讼请求并再次起诉,将原先请求撤销A法院的裁定变更为对25000平方米土地的使用权确权之诉。

在一审庭审时,被告二的代理人不出意料地提出了时效抗辩,认为原告在2009年2月1日收到A法院的执行异议裁定后,依照《民事诉讼法》第二百零四条的规定,原告最迟应在2009年2月16日提出诉讼,但原告现提出诉讼的时间是2009年6月8日,早已过了法定的“十五天”期限,因此本案应先解决程序问题,请求法院驳回原告的起诉。

笔者依据事实向法院提出,原告不服A法院对其执行异议所作出的裁定,从未间断过采取法律手段来维护自己的合法权益。原告2月1日收到A法院的裁定书,该裁定书上仅告知若不服本裁定的,可以在收到本裁定的十五日内提起诉讼,但并未写明提起诉讼的对象及标的,因此原告虽然知道自己有诉权,但却不知道诉求的对象到底是二被告呢还是该裁定书呢,还是关于确权的请求,所以发生了诉求上的错误。但即便如此,原告还是于2月6日依法向A法院提起诉讼,这表明原告对该裁定是有异议的,也在法定时间内积极地寻求法律途径来维权。在A法院对原告的起诉作出不予受理的裁定后,原告也在上诉期内向上级B法院提起上诉,希望B法院支持自己的诉请,但B法院也作出了维持原裁定的裁定。在用尽二审救济后,原告终于认识到原主张的诉请不符合法律规定,于是立即变更了诉请来维护自己的合法权益,在二审裁定下达后的十五日之内即再次提起诉讼。可以说原告一系列的主张都是连续的,并未怠于行使其对执行异议的诉权,不能因为原告在规定时间内起诉请求的错误而否定原告的实体主张,剥夺原告实体权利审理的诉权。

二、对《民事诉讼法》第二百零四条的理解及建议

2008年4月1日起施行的新的《民事诉讼法》,对执行案外人的权益保

护，第二百零四条规定："执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼"。本案再审法院民事裁定书这样认为："上述规定的期间是对当事人行使权利的特殊要求，法律并未规定该期间可以中止、中断，该期间应为法定不变期间，权利人在该期间未行使权利，其诉权即丧失。……A 镇镇政府'主张《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条规定的期间为诉讼时效，可以中止、中断并没有法律依据。因此，二审裁定 A 镇镇政府提起本案诉讼超过我国法律规定的诉讼期限正确，《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条规定了案外人异议之诉提起的期限，是对案外人异议之诉的特殊规定，与第一百零八条规定的受理的条件并不矛盾，本案中 A 镇镇政府只有在同时符合两项规定的情形下，才符合起诉的条件'"。①

对于执行案外人"十五天"起诉的时间，是否可适用中止、中断的规定，现确无司法解释对此作出规定。笔者认为，从立法本意上来看，法律允许执行案外人另行提起诉讼，那该"十五天"则是对重新起诉的一个时间规定。比照《民法通则》、《民事诉讼法》中对当事人诉讼时效的规定，当事人在法定的诉讼时效内一旦起诉，诉讼时效即中断，即便该诉讼最终被驳回，当事人也可以在新的诉讼时效内以新的案由重新起诉。当事人的诉权和执行案外人的诉权都不属于形成权，不适用除斥期间的规定，故二百零四条规定的"十五天"也不应该是除斥期间。执行案外人只需在收到裁定书的十五日内向法院提起新的诉讼，其诉讼时效应该予以中断。否则如本案所述，由于法院在裁定书中没有明确告知原告另行起诉的对象及标的，使得原告产生法律上的认识错误，诉讼标的发生偏差，因此当法院立案审查完毕时，原告的"十五日"诉权期限早已过去，即便其立即变更诉讼请求，实体权益也无法获得法律保护了，这对原告是十分不公平的，仅因为原告诉讼请求的错误，就使得其实体权益的全盘剥夺吗？笔者认为新修订的《民事诉讼法》的立法本意是好的，是希望保护执行案件中案外人的权益，但也不希望执行案外人滥

① 《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定："起诉必须符合下列条件：(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；(二)有明确的被告；(三)有具体的诉讼请求和事实、理由；(四)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。"



用其异议权。实践中法律理解滞后的现象是普遍存在的,笔者相信在新的《民事诉讼法》实施后,类似于原告的这种案件不是第一件,也绝不是最后一件。当这些活生生的案件冲击着现行法律规定时,有关部门能否考虑一下在没有滥用异议权的情形下,如何更细致地保护执行案外人的合法权益呢?在此,笔者也希望有关部门对执行案外人起诉的时效能作出进一步的解释及规定。

新修订的《民事诉讼法》颁布实施后,最高人民法院于 2008 年 11 月 3 日颁发《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》,其中第十五条、第十六条、第十七条、第十八条、第十九条和第二十条中对案外人提出执行异议或依据《民事诉讼法》第二百零四条提起诉讼作出了解释和规定。但是对案外人提起诉讼的诉讼请求事项没有规定和说明。本案恰恰是 A 镇镇政府在诉讼请求一项的提出,不符合法院的要求,在“十五天内”提出的诉讼期限中被一审法院审查裁定“不予受理立案”。由于新的《民事诉讼法》颁布实施后,使得很多人对法律的理解有个过程,本案中吉林省 A 镇镇政府作为执行程序中的案外人以原告身份,依据最高人民法院《执行程序若干问题的解释》提起诉讼时,有明确的被告,对执行标的的主张实体权利并请求对执行标的停止执行,但他的诉讼请求写为:“请求撤销 A 法院××号民事裁定书”,没有将被执行土地使用权列为确权请求对象,这样的请求不符合立案要求。本案此项错误可以在提起诉请时,在法院立案审查人员的帮助下进行修改。但当时法院立案受理人员对新法条也不甚理解,一直到组成合议庭审查立案时,确认原告的诉请有错误,一个多月后才下达书面裁定“因原告诉讼请求错误不予立案”,这导致原告丧失了“十五日内”起诉期限的法定时效。

本案经过三次审理,仅在程序上的教训就着实深刻。本案对执行案外人吉林省 A 镇镇政府来说,仅仅由于法律认识的错误,使其付出了残酷且沉重的代价——该 25000 平方米土地使用权及房产因在执行过程中三次流拍,二次对外变卖不成功,最后由法院仅按照最低评估的 300 余万元的折价变卖给申请执行人被告二。对于我们律师,本案还有一个警示:如若在现行法律规定的期限内,代理律师不能正确作出判断,不能及时提出符合法律规定的诉讼请求,而使当事人丧失了诉权,丧失了主张维护自己合法权益的机会,我们不仅将失去一个客户,而且可能将承担客户因此遭受的一切损失的相应赔偿责任。试问,作为专业律师的我们,谁能承受这种巨大而又沉重的责任呢?据了解,吉林省 A 镇镇政府正准备起诉被告一,追索由于被告一

商业活动导致A镇镇政府25000平方米土地使用权被查封变卖的损失；而被告二仅获取A法院的一纸变卖裁定书，却无法在A镇镇政府所在县及土地行政机关办理正式土地使用权证，因为该土地由镇政府发的临时土地使用权证早已被县级土管部门宣布无效注销，A法院仅依据原临时土地使用权证所作出的执行裁定，A镇镇政府所在地县级土管机构不予办理。显然，仅就程序适格与否作出的裁定，不能解决执行案件中申请人、被执行人和案外相关权益人的实体利益问题。作为本案的代理律师，除有必要再次向再审法院反映执行程序案外人权益保护合法问题，还有必要积极为吉林省A镇镇政府提供政府机关如何依法行政维护自己合法权益的全面法律服务，此案将造成的讼累也是一个十分负面的社会影响。本案的启示是：律师的责任就是要不断地呼吁公平、公正的法律裁判。



仅凭项目部印章,公司是否担责

——胡某诉某建设公司等借贷纠纷一案评析

金迎春　王　军*

案情简介

2004年9月,胡某、叶某、林某等三人合伙共同承包建筑工程,设立项目部(下称B项目部),挂靠某建设集团公司(下称A公司)名下。同年7月至11月间,胡某分三次向叶某出借人民币各数十万元并汇入叶某银行账户,叶某出具相应借据。2007年胡某持上述借据以叶某、A公司为共同被告提起诉讼,理由为借据上有叶某签名,并加盖有A公司B项目部印章,要求判令叶某与A公司共同归还借款。

一审法院审理后认为,A公司下设的B项目部属A公司内设机构,不具有法人资格,无独立民事行为能力,其对外行使权利义务应由A公司负责,胡某与叶某、A公司之间的借款合同生效,判令叶某、A公司偿还胡某本金及利息。

一审判决后,A公司提起上诉,二审驳回上诉,维护原判。

2010年初,A公司委托天屹律师作为代理人,进行申诉。后省高级法院依法对案件进行再审。天屹律师根据一、二审认定的事实和相关证据,仔细研究案卷材料后,从借贷行为的性质、项目部印章成因、借贷法律关系的成立与生效、B项目部的组成及与A公司的挂靠关系等角度综合分析了本案全部案情,并向省高级法院补充递交了大量证据,特别是针对争议焦点补充了相关资料,构成了强大的证据链,提出了一、二审认定事实不清,法律关

* 金迎春,女,浙江大学民商法学硕士,专业领域:公司并购;企业破产、资产重组;房地产开发、金融信托产品法律服务。浙江天屹律师事务所专职律师。

王军,男,浙江天屹律师事务所专职律师。专业从事公司法务、房地产项目开发、公司并购与重组、金融等领域的诉讼与非诉讼业务。

系定性不当，审理焦点归纳错误的关键点，并以此为突破口，理顺了再审思路。最终，省高级法院判决撤销原一、二审判决，判令叶某偿还借款本息，A公司不承担还款责任。

再审理由：

2010年初，A公司委托天屹律师参与该案再审阶段的代理。再审的主要理由为：

1. 借款系叶某以个人名义所借，借款非A公司的真实意思表示，借条上的印章系事后胡某加盖，A公司不应担责。

2. B项目部由叶某、胡某、林某三人组成且挂靠于A公司名下，自负盈亏。胡某利用掌管项目部印章之便在借据上加盖印章是一种自利行为且属个人非善意行为，其无权要求A公司承担还款责任。

在本案再审过程中，天屹律师把案件定性为合伙承包建设工程挂靠经营期间引发的民间借贷纠纷。再审法院把案件争议焦点归纳为：一、仅凭借据上加盖有A公司下设的B项目部印章，A公司是否应对讼争借款承担还款责任？二、叶某的借款行为是职务行为还是个人行为？

再审判决要点

1. 法院经审理后认为，项目部从表现形式上看是A公司的内设机构，受A公司指派从事某些工程项目。但该项目部实际是由林某、叶某、胡某三人合伙承包，并挂靠A公司名下。且该工程的盈利、亏损都由承包人自负。因此，由林某等三人合伙组成的B项目部与A公司之间在行为和经济上都是分立的，是两个独立的主体，各自对自己行为产生的后果承担法律责任。

2. 挂靠在A公司名下的B项目部因不具有主体资格，其代表A公司对外发生法律关系，必须要有A公司的授权、认可或者其行为足以让善意第三人相信已授权。作为B项目工程合伙承包人之一的胡某应当明知B项目部与A公司之间的关系，其不属于不了解两者关系的善意第三人。胡某在与叶某建立借贷关系时就应当知道，叶某的借款行为并非授权于A公司。故胡某仅凭借据上盖有B项目部的印章就要求A公司承担还款责任与事实不符。

3. 本案所涉款项均是胡某直接打入叶某个人账户，并非A公司所设的账户，同时在庭审中胡某也认可在承建B项目工程时，其三人合伙还有其他在建工程。因此在无其他证据证明的情况下，该借款无法证实是用于B

项目工程,胡某关于涉案款项用于B项目部的主张难以采信。

再审判决结论:撤销原一、二审判决;判令叶某偿还借款本息,A公司不承担还款责任。

经典分析

本案是由叶某等三人合伙承包建设工程挂靠经营期间引发的民间借贷纠纷。从本案一、二审查明的事实看,胡某持有向叶某银行卡账户存款的凭条和叶某出具的相应借据,叶某与胡某之间存在借贷法律关系较为清晰。但因胡某持有的三张借据上均加盖有A公司B项目部印章,案件扑朔迷离,仅凭借据上加盖有A公司B项目部印章,A公司是否为共同借款人?

如果按照《民法通则》及相关法律的一般规定,从形式上判断,因借据上均加盖有A公司B项目部印章,又因B项目部属A公司内设机构,无独立的民事行为能力,其对外行使权利义务似乎应由A公司负责。但天屹律师经仔细研究案卷材料后,从借贷行为的性质、项目部印章成因、借贷法律关系的成立与生效、B项目部的组成及与A公司的挂靠关系等角度开展再审诉讼代理工作。具体如下:

一、对叶某的借贷行为界定为个人行为,而非代表B项目部或履行职务行为。因叶某、胡某、林某三人合伙实际承包B建设项目,B项目部挂靠在A公司名下。结合案件证据材料,特别是胡某起诉材料及一、二审庭审中的各方陈述,天屹律师首先对借贷行为的性质予以界定,明确提出叶某的借贷行为系个人行为。根据A公司提供的2004年叶某、胡某、林某三人签订的《股份合作协议书》的约定:对于B项目部所支出的工程款和报销款项,须经三方共同认可,每月底三方核对一次账目。显然,胡某持有的借据上加盖项目部印章并未取得叶某、林某的认可或同意,讼争借款不应是项目用款,叶某的借款也非职务行为。况且胡某的起诉材料及在一、二审中的陈述均为叶某、A公司共同向其借款,并未涉及胡某系代表B项目部或履行职务行为。在一、二审及再审中借款人叶某也从未以职务行为或代表项目部向胡某借款等进行抗辩。在没有相应证据证明的情况下,叶某的借贷行为只能是个人行为而非职务行为。

二、从借据上加盖B项目部印章成因角度分析,显属叶某与胡某民间借贷法律关系生效后加盖,而非借贷法律关系成立或生效时加盖。再审中A公司提交了B建设项目招投标文件及《中标确认书》、《建设工程施工合同》等,证明B建设项目中标时间为2004年9月,《建设工程施工合同》签订

时间为 2004 年 10 月。而本案所涉借款系由三笔借款形成，首笔借款发生在 2004 年 7 月，此时 B 建设工程尚未招标，A 公司 B 项目部印章尚不存在。事实面前，胡某确认项目部印章系事后加盖。则从举证责任的分配而言，胡某应就其持有的三张借据上加盖 A 公司 B 项目部印章的权利来源、合法性等负有举证责任。二审判决分配举证责任明显不当。再审过程中，胡某未提供证据证明三张借据上加盖的 B 项目部印章系合法取得，也不能作出合理的说明与解释，则胡某应承担举证不能的相应法律后果。

三、借贷法律关系的成立与生效仅发生在胡某与叶某之间，A 公司与胡某之间并未形成借贷合意，向胡某借款也非 A 公司的真实意思表示。结合本案一、二审查明的情况，借贷合意的达成及借贷合同的成立发生在叶某与胡某之间，A 公司并未向胡某表示过借款的意思，未参与借款合同（口头）的协商，也未授权或委托叶某借款，对借款事宜并不知情。借款合同成立后，三笔借款均由胡某通过银行直接汇入叶某的个人账户，并未进入 A 公司或 B 项目部账户，借据是由叶某出具。根据《合同法》第 210 条的规定，该借贷合同的成立及生效仅发生在叶某与胡某之间，A 公司自始不是该借贷法律关系的主体，也不存在向胡某借款的意思表示。从民事法律行为的成立与生效要件考量，在借贷法律关系成立及生效时，借据上并不存在 B 项目部印章，也不存在事后 A 公司追认该借款的意思表示。且三人合伙还有其他在建工程，诉讼中胡某未提供证据证明其系合法取得项目部盖章或该借款用于 B 项目工程。则 A 公司与胡某之间并未产生借贷法律关系，当然不应承担还款责任。

四、B 项目部系挂靠在 A 公司名下，A 公司与 B 项目部及合伙人之间的债权债务关系，亦只是各方间的内部责任，而非对外责任。胡某作为 B 项目的实际承包人之一和该项目部的核心成员与负责人，也是该项目建设的最终责任承担者，胡某明知项目挂靠及工程盈利由其三方分享，亏损及责任也由其三方共担的全部事实。因此，胡某不属于不了解项目部与 A 公司内部关系的善意第三人。而 A 公司并不是该项目的实际责任人或最终的责任承担者，胡某无权要求 A 公司承担共同还款责任。

人格混同的认定及法律责任

——某涉外买卖合同纠纷案评析

金迎春　覃桃云*

案情简介

2009年1月杭州某经营化工产品公司(下称A公司)收到由张某签字的英文采购订单,载明买方为杭州另一经营化工产品的公司(下称B公司),地址为杭州某写字楼1803室(下简称:1803室),购买某化工原材料共计67万升(50个集装箱),货款共计180万美元,产品从上海港装运,付款方式为提单日期后60天电汇。1月底,A公司按约定在上海港将50个集装箱货物装船出运。3月28日,A公司发电邮至B公司法定代表人刘某,要求付款,刘某于次日回复,将会对订单项下的货款延付2周。此后经过A公司多次催收,但直至2009年8月,B公司仍未支付货款。随即,A公司起诉至法院要求B公司支付货款,天屹律师在本案中系A公司的诉讼代理人。

但是,B公司在答辩过程中提出,签发订单的并非B公司,而是注册在香港的B1公司,以此否认合同关系,拒绝支付货款。根据B公司提供的B1公司的资料,B1公司与B公司中英文名称完全一致。对于这个半路中杀出来的"李鬼",A公司始料未及,在此之前,B公司从未向A公司告知B1公司的存在。

在深感蹊跷的同时,天屹律师立即开展了详尽的调查。经过调查发现,B1公司虽然注册在香港,但在杭州市设有离岸账户,有可供扣押的财产(但

---

* 金迎春,女,浙江大学民商法学硕士,专业领域:公司并购;企业破产、资产重组;房地产开发、金融信托产品法律服务。浙江天屹律师事务所专职律师。

覃桃云,男,毕业于浙江大学法律专业,主要从事公司、房地产、金融等领域的诉与非诉业务;浙江天屹律师事务所专职律师。

远不足以支付货款）；同时B公司与B1公司实际经营地相同（1803室）；订单上的签字人张某，同为B公司员工；而履行过程中的联系人刘某，同时属于B公司和B1公司的股东，并系B1公司的法定代表人。基于此，立即将B1公司追加为共同被告，要求B公司、B1公司承担连带责任。

法院审理过程中，B1公司认可其系涉案货物的买方，但提出涉案货物存在质量问题，并提出鉴定申请，拒绝支付货款；而B公司辩称从未与A公司进行过交易，B公司非合同相对人，拒绝支付货款。

争议焦点

1. B1公司是否有正当理由拒绝支付货款；
2. B公司与B1公司是否应当对支付货款承担连带责任。

审理判决

一审法院根据查明的事实认定B公司和B1公司提供的证据，不能证明A公司的货物存在质量问题，且在本案中不需要对涉案货物进行鉴定；同时B公司和B1公司中文名称相同、股东组成情况相同，且在所涉订单签订的一段时期在同一地址办公，工作人员亦存在一定混同，致使在客观上无法区分两公司的人格，无法辨别合同相对方是B公司还是B1公司，而造成这种混淆的责任在于两被告，故两被告应承担不利后果，即共同作为合同相对方承担支付货款的责任，法院判令B公司和B1公司共同向A公司支付货款并赔偿损失。

B公司和B1公司不服一审判决提起上诉，二审维持原判。

经典评析

本案原本是一个普通的买卖合同纠纷，而B1公司的出现是个意外，并使本案一下变得蹊跷而复杂。但承办律师仔细调查后发现了B公司与B1公司的特殊关联，并考虑到B1公司在大陆的财产远不足以支付货款。立即将B1公司追加为共同被告，首先在程序上为案件顺利进行奠定了基础。

就本案的争议焦点之一，B1公司是否有正当理由支付货款，对此B1公司提出了质量抗辩，并在审理过程中提出了质量鉴定申请，这是买卖合同纠纷中常见的争议。对此，天屹律师提出：其一，本案系追索货款的买卖合同纠纷，原告已经按合同全面履行义务，被告应当支付货款；其二，就货物质量问题，被告未在合理的期限内提出质量异议，诉讼中也未提供任何有效证据证明；其三，涉案货物为化学物品，难以对其一年前的质量状况进行鉴定，现

已不具备鉴定条件;其四,被告未提出相应的反诉请求,即因货物质量问题要求退货或赔偿损失,以抵消、吞并A公司要求支付货款的诉讼请求,即便是货物存在质量问题,被告可以另行提起诉讼。一、二审法院均采纳了天屹律师观点,未进行质量鉴定,对质量异议未予认定。

本案最大的争议焦点,在于B公司与B1公司是否应当对支付货款承担连带责任。

若根据传统的合同相对性理论及规则,合同仅对缔约方产生效力,除合同当事人以外,任何其他人不得享有合同上的权利,也不承担合同上的责任。而A公司并未同时与B公司和B1公司签署合同,则对A公司货款承担责任的要么是B公司,要么是B1公司。B公司通过提供B1公司的注册资料,以此否认合同关系,而B1公司也认可其合同关系,呈现"大包大揽"之势,其"偷梁换柱"目的十分明显,一旦如愿,A公司即便胜诉,也必然面临后续执行风险。基于合同相对性理论及规则,则在本案中难以维护A公司的合法权益。

根据现有法律,若需此种情形下由两被告承担连带责任,尚无明确的法律规定。基于此,天屹律师提出了本案应适用人格混同理论。

公司人格混同是公司人格与股东人格或其他公司人格完全混为一体(本案中主要是公司间的人格混同,下文中也仅就此做分析),使公司成为股东或其他公司的另一个自我,造成各个公司的人员、财产等无法区分的,该多个公司法人表面上虽然彼此独立,但实质上构成人格混同。因此损害债权人合法权益的,该多个公司法人应承担连带清偿责任。人格混同在个案中的适用,首先存在难度的是,混同的事实需要进行举证,由于第三方难以全面了解公司内部的相关情况,此种举证往往比较困难。尽管如此,本案中,经过天屹律师大量的调查,向法庭提交了构成人格混同的证据,并依据相关的法律,向法庭提出:

一、B公司和B1公司存在人格混同的事实

1. B公司和B1公司名称混同,无法区分。两公司注册的中英文名称完全一致,除两被告之外,第三人无法通过公司名称将两被告区分开来。

2. 在诉争合同签署之时,B公司和B1公司股东及股本构成完全一致。根据调查取得的两公司注册材料,B1公司股东由刘某及陈某组成,且股权各占50%,而B公司的股东亦由刘某及陈某组成,且股权各占50%。因此,两被告公司在股东的组成及股本构成上完全一致。

3. B公司和B1公司实际控制人同为刘某。B公司的大股东和法定代表人是刘某，而在庭审中，B1公司确认其公司实际负责人也是刘某。刘某同为B公司和B1公司的实际控制人。

4. B公司和B1公司的经营范围及经营场所混同。通过庭审调查，B1公司承认主要经营业务范围是农药，与B公司登记的经营范围一致。且B1公司在庭审过程中自认其在国内的办公场所即是B公司的法定地址，均在1803室，两被告经营场所存在混同。

5. B公司和B1公司的管理人员混同。经过调查发现，本案中签发订单的张某，曾多次代表B公司进行工商变更登记且代表B公司签订《房屋租赁协议》，而B1公司表示张某为其工作过；因此，两被告的管理人员上存在着混同。

基于此，天屹律师提出两被告不仅在核心人格特征（如股东构成、实际控制人、组织机构、业务范围等）出现混同，同时在外部人格特征（如公司名称、电话号码、办公地址、电子邮件地址、主要办事人员等）也存在着混同，充分说明两被告完全丧失了公司法人人格的独立性，致使第三人无法区分，应当共同作为合同相对方承担责任。

二、人格混同下的公司共同承担责任的法律依据

我国现行法律没有明确规定构成人格混同的姐妹公司共同承担责任，但《民法通则》第四条确定了诚实信用、公平正义、权利不得滥用等原则，该原则具有强行性、补充性、解释性的功能特性，可直接适用之而确定人格混同的民事责任。公司在民商事活动中必须讲究信用、诚实不欺，依法行使民事权利，依法追求自己的利益，不损害他人利益和社会利益，否则应承担相应法律责任。

本案中B公司和B1公司通过在交易过程中为逃避债务而设置种种陷阱，妄图达到损害供货方利益、实现不履行付款义务的目的。本案中的B公司和B1公司不仅主观上存在主体混淆的故意，而且在客观上也侵害了第三人的合法权益，B公司和B1公司的行为既违背了民法公平原则，也违反了《民法通则》第四条的规定，依法应共同向A公司支付货款。

最终法院采纳了天屹律师核心观点，判令B公司和B1公司共同承担支付货款的责任，较好地维护了A公司的合法权益。

本案可谓有惊无险，但案结之后，天屹律师对此有更多的思考：

公司人格混同所导致的法律后果必然是对公司人格的否认，虽然我国

目前尚未正式确立公司人格否认制度,但人格混同下的姐妹公司共同承担责任,是目前的司法审判惯例,也符合公平正义精神,应当被确定下来。但目前依然面临着法律不足与公司人格混同现象日益严重的矛盾和困惑。

根据最高人民法院和各地法院所公布的相关案例可知,在目前尚未制定公司人格否认法律的情况下,各级法院在审判实践中主要是以《民法通则》第四条所规定的诚实信用原则作为援用公司人格否认制度作出判决的直接法律依据。但是我们必须认识到,仅运用诚实信用原则去间接适用公司人格否认制度显然是不够的,司法上提供的这种救济方法有着不确定性。为更好保护债权人利益,更有效地追究人格混同下姐妹公司的连带责任,希望最高人民法院尽快出台司法解释,对人格混同的姐妹公司承担连带清偿责任做出明确法律规定。

阳光律师为市场开拓保驾护航

——一起追索货款案纪实

朱昌明*

案情简介

某水泥有限公司(下称"水泥公司")为A市颇有名气的一家大型国有企业,2008年年初,水泥公司慕名找到浙江某公司(下称"浙江公司"),希望与浙江公司建立煤炭供应关系,从浙江公司采购煤炭。经过双方多次谈判,就浙江公司向水泥公司供应煤炭事宜达成共识,浙江公司与水泥公司于2008年4月17日、5月28日分别签订了《工矿产品购销合同》。根据合同约定,浙江公司向水泥公司供应煤炭3361吨,煤炭价款总额为2651317.69元,水泥公司应于2008年6月底前支付全部煤炭货款。

合同生效后,浙江公司按照合同约定将煤炭通过水路运到水泥公司码头。但是,水泥公司在收到煤炭后,仅仅支付了160万元货款,其余货款105万元就不再支付,后虽经浙江公司多次派人催讨,均无果。原来,水泥公司由于经营不善、设备老化,近年来亏损严重,公司资金链濒于断裂,一直靠拆东墙补西墙,勉强维持到现在。水泥公司虽然承认拖欠煤炭货款的事实,也多次承诺还款,但到期又以"财务账上无钱可付"为由拒绝付款。在催收货款过程中还发生了一个小插曲——水泥公司一个合同经办人当面填写了付款申请单,水泥公司总经理、采购部负责人、财务经理等相关领导都在付款申请单签字批准付款,但浙江公司拿到的居然是一张空头支票,事后浙江公司被告知待水泥公司账上有钱时才可以兑付。

阳光所朱昌明律师、何翔律师(下称"阳光律师")作为浙江公司常年法

---

* 朱昌明,男,浙江阳光时代律师事务所,公司与金融证券业务部主任、专职律师,浙江工商大学经济学硕士,擅长多经企业改制、重组、金融证券领域法律事务等。

律顾问,一直密切关注浙江公司催收煤炭货款的进展。在企业正常催收手段已经收效甚微的情况下,2008 年 7 月底,经浙江公司授权阳光律师向水泥公司发出《要求限期支付煤炭货款的律师函》,郑重要求:"一、水泥公司严格履行《工矿产品购销合同》项下的付款义务,在见函后三日内向浙江公司支付拖欠货款和相应利息;二、如果水泥公司仍借故拖延,拒绝履行合同义务,浙江公司将授权律师代其采取包括资产查封、法律诉讼等在内的一切手段追究水泥公司违约责任,并就浙江公司可能因此所遭受的经济损失向水泥公司进行追索。"

由于水泥公司确实无力支付货款,律师函发出后并未取得预期效果。

2008 年 10 月底,浙江公司领导召集市场部相关人员开会研究对策,并听取了阳光律师的意见。阳光律师对《工矿产品购销合同》分析后认为,浙江公司追索煤炭货款有充分的合同依据和法律依据,打赢官司不成问题。但是,鉴于水泥公司濒临破产的实际情况,浙江公司能否最终收回货款不仅仅取决于打赢官司,还取决于浙江公司是否先人一步发现并保全水泥公司的可执行财产,否则法院判决书将成为"法律白条"。会上,浙江公司领导当场果断拍板,决定通过法律诉讼追索货款,并授权阳光律师全权代理起诉事宜。

据了解,水泥公司现有土地为国有划拨土地,土地房产都已经抵押给银行,水泥生产设备已经被国家纳入淘汰范围,属于"废铜烂铁",稍有价值的资产都已经被债权人查封。因此,调查水泥公司可执行的财产就成为法律维权的第一步。阳光律师先后走访 A 市国土资源局、房管局等政府部门,调查水泥公司房屋、土地等财产情况,但均一无所获。就在财产调查工作陷入僵局时,2008 年 11 月 3 日,阳光律师根据浙江公司提供的财产线索,终于在 A 市工商局有了重要收获:发现水泥公司出资 200 万元持有某商品混凝土有限公司 20%股权,该股权尚未被查封或质押。第二天,阳光律师就向 A 市 B 区人民法院提交了民事起诉状和诉前保全申请,要求法院及时保全某商品混凝土有限公司 20%股权。在浙江公司提交了财产保全担保书并缴纳保全费后,法院派专人前往 A 市工商局保全该股权,极大地维护了浙江公司的合法权益。

争议焦点

1. 如何识别债务人是否具有合同履行能力,进而维护客户的合法权益?

2. 债务人不具有合同履行能力，商事律师应如何帮助客户维护合法权益？

3. 如何确定债务人是否符合法定强制执行条件？在何种条件下应支持客户申请强制执行？

4. 作为商事律师，如何做到最大程度地为客户防范法律风险，减少经济损失？

审理判决

2008年12月26日，B区人民法院开庭审理本案。法官在了解案情后，认为本案调解结案的可能性很大，而浙江公司和水泥公司也均同意调解，于是法院主持双方进行调解，调解进程异常顺利，水泥公司不仅承认了拖欠煤炭货款的事实，也同意支付煤炭货款，但是，双方在还款期限方面存在较大分歧，水泥公司希望在半年内分期还款，而浙江公司坚持要求尽快一次性还清全部货款。最后，在法官协调下，浙江公司和水泥公司达成如下调解协议：水泥公司于2009年1月15日前支付浙江公司40万元；于2009年3月底前支付浙江公司30万元；其余款项于2009年4月底前全部还清；如水泥公司逾期未履行还款义务，则浙江公司有权就全部货款105万元申请强制执行，并要求水泥公司按照银行同期贷款利率支付利息。B区人民法院随后制作了《民事调解书》，在浙江公司和水泥公司签收后，《民事调解书》发生法律效力。

尽管《民事调解书》已经生效，但浙江公司上下并没有感到轻松，水泥公司经营不善，按时还款谈何容易，《民事调解书》仅仅是纸上谈兵而已，收回货款很有可能要通过强制执行程序。

果不其然，2009年1月15日已过，而水泥公司没有任何还款迹象，浙江公司遂于2009年1月16日向B区人民法院申请对水泥公司强制执行，但随之而来的农历春节假期使得执行工作不得不暂停下来。期间，水泥公司发生了职工集体上访事件，一时间关于水泥公司歇业、重组乃至即将破产的传闻不绝于耳，浙江公司切实感受到加快强制执行工作的严峻性和紧迫性。

2009年2月，B区人民法院执行局正式启动强制执行程序，但执行工作一波三折。水泥公司向法院执行局提出其已经处于歇业状态并准备进入破产程序，要求停止强制执行。执行法官在收到水泥公司提交材料后，虽然认为水泥公司不符合停止执行的条件，但认定公司歇业事实成立，应依据

《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》第99条规定,"被执行人为企业法人,未经清理或清算而撤销、注销或歇业,其财产不足清偿全部债务的,对各债权人的债权按比例清偿"。如果照此执行,意味着浙江公司前期财产保全工作将为他人做嫁衣裳,浙江公司最终清偿比例不会超过5%。

阳光律师在充分了解水泥公司目前状况后,认为水泥公司不符合《企业法人登记管理条例》规定的歇业条件即"企业法人领取《企业法人营业执照》后,满六个月尚未开展经营活动或者停止经营活动满一年",最后在律师和浙江公司共同努力下,执行法官接受了律师观点,执行工作终于有了实质性进展,法院执行局委托评估机构对湖州某商品混凝土有限公司20%股权依法进行评估,并委托拍卖公司对股权公开拍卖。在发生一次流拍后,第二次股权拍卖终于取得成功,浙江公司顺利收回全部煤炭货款。

经典评析

2009年10月9日,浙江公司正式收到A市B区人民法院汇来的执行款。至此,这一历时近一年,浙江公司成立以来首起追索货款案在浙江公司、阳光律师的通力合作下,最终得以圆满解决,避免了巨额经济损失。

透过此案,我们认识到,作为商事律师,应密切关注客户可能存在的经济纠纷,根据纠纷的具体情况,权衡各方面的因素,并以最迅速、最经济的方式为客户提供纠纷解决方案,为当事人争取最大利益。

浙江公司主营业务包括货物仓储、中转、煤炭批发等,公司在立足服务集团内电厂发电供煤、储煤的同时,充分发挥港口资源优势,改变观念开拓煤炭批发、集装箱运输、国际货物运输代理等市场,积极参与市场竞争,为公司可持续发展奠定坚实的基础。但是,在市场业务开拓的过程中,浙江公司不可避免地面临市场风险的考验,如何在控制风险的条件下有效拓展外部市场业务,追索"货款"案可提供有益的借鉴和启示。



如何认定第三者责任险的理赔范围

——王某诉某物流公司、保险公司交通事故纠纷案评析

张元欣　肖建琪*

案情简介

2009年3月1日21时30分，驾驶员王甲在某院内，将驻车制动不合格的货车发动后下车，因车辆自行下滑，将车下的王甲挤压身亡。2009年3月18日交警大队出具道路交通事故认定书，认定书中记载：2009年3月1日，王甲在某院内，将驻车制动力不合格的货车发动后，车辆由南向北自行向下溜滑，在溜滑过程中与西侧墙体碰撞，将王甲挤压，造成其因机械性窒息死亡的重大交通事故，当事人王甲承担事故的全部责任。

王甲系福源公司雇佣的事故车辆驾驶员，该事故车辆投保了机动车交通事故责任强制保险（以下简称交强险）和100000元的商业第三者责任险，保险期间为2008年12月18日起，至2009年12月17日止。

事故发生后，王甲之子及其妻子遂向法院提起诉讼，要求福源公司、保险公司共同向其进行赔偿。

争议焦点

1. 受害人王甲在车下被挤压身亡时是否还属于“本车车上人员”或“被保险人”，即是否属于交强险合同中的“第三者”。

2. 此次事故是否属于商业第三者责任险的理赔范围。

* 张元欣，男，新疆大学法学本科毕业，新疆西部律师事务所专职律师，主要从事专业领域：经济合同、交通事故、婚姻家庭、房地产、刑事辩护等。
肖建琪，男，中央电大法学本科毕业，新疆西部律师事务所专职律师，主要从事专业领域：经济合同、交通事故、婚姻家庭、劳动争议等。

审理判决

2009年7月26日一审法院认为:王甲系事故车辆驾驶员,属于机动车交通事故责任强制保险(简称交强险)的被保险人,即投保人被告保险公司允许的合法驾驶人,其作为被保险人不在交强险赔偿责任范围,故被告保险分公司不承担赔偿责任。判决被告福源公司赔偿死亡赔偿金228640元、被扶养人生活费4334.98元、精神损害抚慰金15000元等共计255806.29元,并驳回原告对被告保险公司的诉讼请求。

福源公司不服一审判决,遂委托我们向二审法院提出上诉。在上诉状中我们提出,王甲在发生交通事故时身处车辆之外,并不是处在车辆之内,属于交通强制保险的第三人范围,无论其是因何种原因置身车外,保险公司均应在12.2万元交强险范围内和10万元商业第三者责任保险范围内承担本案的保险责任,予以赔偿。

保险公司答辩称,王甲是因修理车辆而下车致死的,是对车辆进行继续管理的行为,其仍在履行驾驶员的职务,根据保险条例的规定驾驶员也是被保险人,不是第三人的范围,故不应对王连生进行赔偿。

二审法院经审理查明事实后认为:公民的生命权受法律保护。王甲身故后,其法定继承人,原审原告就王甲因死亡而产生的经济损失有权向赔偿义务人提出赔偿。王甲系上诉人福源公司的驾驶员,王甲在履行职务期间死亡,上诉人福源公司对其因死亡而产生的经济损失应予赔偿。本案事故为交通事故,事故车辆在被上诉人保险公司处保了交通事故强制保险,被上诉人保险公司对车辆因交通事故而产生的第三人伤害结果,应予赔偿。根据机动车辆保险合同的约定及相关法律的规定,认定机动车辆第三人的标准是事故发生时死者的位置,事故发生时车上人员无论是否为被保险人,其置身保险车辆下,则属第三人,而下车的原因不是确定其是否为第三人的前提条件。王甲事发时因故下车,于车下被保险车辆碾压致死,应视为被保险车辆事故中的第三人,被上诉人保险公司应在合同规定的强制险赔偿范围内对原审原告进行赔偿。上诉人福源公司认为被上诉人保险公司应根据交通事故强制保险合同对二原审原告赔偿的上诉请求,本院予以采纳。本案三方当事人对原审确定的赔偿项目及数额均无异议,本院予以确认。原审认为被上诉人保险公司不应承担赔偿责任及对本案案由确定有误,本院予以纠正。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(二)项、《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条,及《最高人民法院〈关于

审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉》第十一条、第十七条、第十八条之规定，判决如下：

一、撤销一审法院民事判决。

二、被上诉人保险公司赔偿原审原告 122000 元，此款于判决生效之日起十五日内支付。

三、上诉人福源公司赔偿原审原告丧葬费、死亡赔偿金、误工费、交通费、原审原告王某之子的抚养费、精神损害赔偿金共计 133806.29 元，此款于判决生效之日起十五日内支付。

虽然经过上诉审理，二审法院判决保险公司在交强险赔偿范围内承担了 122000 元的赔偿责任，但是，对商业第三者责任险的赔付不予审理，福源公司仍然要承担原告共计 133806.29 元的赔偿款。既然王甲在本案中被人民法院认定为被保险车辆事故中的第三人，保险公司在合同规定的交强险赔偿范围内对原审原告进行赔偿，那么福源公司为事故车辆也投保了 100000 元的商业第三者责任险，保险公司也应当赔偿。为了充分维护当事人的合法权益，我们代表福源公司要求保险公司履行商业第三者责任保险赔偿义务遭拒，遂将保险公司起诉至法院，请求判令保险公司支付王甲商业第三者责任险赔款 10 万元。

庭审中，被告保险公司辩称：原告福源公司诉讼请求不成立，此次交通事故认定书确认事故受害者是该车的驾驶员，根据保险条款的约定，该车的驾驶员不在赔付的范围内，故不同意原告的诉讼请求。

而我们以二审法院民事判决书已经认定王甲是此次交通事故中第三者的身份这一法定事实，作为证据，最终，根据上述证据和查明的事实，法院认为：

依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。原、被告双方签订的保险合同合法有效，应受到法律保护。原、被告应当按照合同约定享受权利并承担义务。原告向被告购买商业险，商业险中对于保险车辆在使用过程中发生意外，致使第三人遭受伤亡的直接损失，承担赔偿责任。原告如约缴纳保险费后出现保险事故，被告应按照合同约定的限额进行理赔。此次事故属于商业险的第三者责任险的理赔范围，被告应当按照双方约定的商业险合同进行赔付，故原告要求被告理赔保险费的诉讼请求合理，本院在商业险赔付范围内予以支持；因死者王甲在发生事故时因故下车，于车下被保险车辆碾压致死，应视为被保险车辆事故中的第三人，保险公司应在赔偿范围内对原告进行赔偿。被告所持原告的理赔请求属于责任免除的辩称理由不能成立，对于被告的辩称理由，不予采信。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第

六十四条、《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉》第二条、第六十四条、《中华人民共和国道路交通安全法》第八十九条、原《中华人民共和国保险法》第二十三条之规定,判决如下:

被告保险公司给付原告福源公司第三者责任险保险金10万元。

法院判决书下达后,保险公司没有上诉,判决生效。

至此,保险公司总计赔款220000元,实现了投保人投保的目的,使受害人及时获得了赔偿,最大限度地保障了投保人和受害人的利益。

经典分析

(一)《机动车交通事故责任强制保险条例》第三条规定,"条例所称机动车交通事故责任强制保险,是指由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人的人身伤亡、财产损失,在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。"

而《机动车交通事故责任强制保险条款》第五条则对"受害人",即"第三者"做了以下定义:"因被保险机动车发生交通事故遭受人身伤亡或者财产损失的人,但不包括被保险机动车本车车上人员、被保险人。"

因此,受害人王甲在车下被挤压身亡时是否还属于"本车车上人员"或"被保险人",即是否属于交强险合同中的"第三者",就是本案最根本的争议焦点。

结合本案,如果王甲不属于"本车车上人员、被保险人",那么保险公司就应当在责任限额内予以赔偿。

1. 受害人王甲不属于交强险合同中被保险机动车"本车车上人员"

判断因保险车辆发生意外交通事故而受害的人属于"车上人员"还是"车下人员",应当看发生事故时,受害人受到伤害时所处的位置。如果是在车上受伤即为车上人员,如果在车外受伤就不能定为车上人员。即应当以该人在交通事故发生当时这一特定时间身处保险车辆的何种位置为依据,在车上即为"车上人员",在车下即为"第三者"。

因此,本案的受害人王甲虽属车上驾驶人员,但其受伤地点是在车下,致伤的原因是因车辆自行下滑将车下的王甲挤压身亡,因此其受伤害时已由车上人员转变成车下的人员,所以本案的受害人王甲不属于本车车上人员。

2. 受害人王甲不属于交强险合同中被保险机动车的"被保险人"

《机动车交通事故责任强制保险条例》第四十二条第(二)项规定:"被保险人,是指投保人及其允许的合法驾驶人"。

本案中,投保人是福源物流有限责任公司,受害人王甲是其允许的合法

“驾驶人”。如何理解“驾驶人”是认定王甲是否属于被保险人的关键。

而判断本案受害人是不是交强险法律意义上的“驾驶人”，关键是要看机动车是否属于行驶状态，受害人是否属于正在驾驶状态，即受害人所处的位置。同时具备“正常行驶状态”和“正常驾驶状态”才是交强险法律中合法“驾驶人”概念。

本案中，受害人虽然是该机动车的合法驾驶人，但在发生事故时，该机动车已经不是处于正常行驶状态，而是处于自行下滑状态，此时驾驶人王甲已离开驾驶人位置处于车下状态，其身份由驾驶人转化为车下人员，已经失去驾驶控制车辆的能力，不符合驾驶人身份。因此，此时的受害人已不是交强险法律意义上的“驾驶人”，而是“车下人员”，即“第三者”。

而且，《机动车交通事故责任强制保险条例》并未明确“本车人员、驾驶人、被保险人”因特定时空条件的变化而转化了身份时，不能成为“第三者”，即该《条例》并没有将这些人员排除在“第三者”的范围之外。

(二)《中华人民共和国合同法》第三十九条规定采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。第四十一条规定对格式条款的理解发生争议的，应当按通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格条式款不一致的，应当采用非格式条款。

而保险公司在与保户订立合同时，均采用格式合同，因此，对格式条款的理解发生争议时，就应当依据《中华人民共和国合同法》上述条款，并按照《中华人民共和国保险法》第三十一条的规定：对于保险合同的条款，保险人与投保人、被保险人或者受益人有争议时，人民法院或者仲裁机关应当作有利于被保险人和受益人的解释。

总之，我们认为，责任保险法律意义上的“驾驶人”，是指正常情况下驾驶车辆的人员，或者说是发生事故时身处保险车辆之上正在驾驶控制车辆的人员，是特定时空条件下的“临时性”身份，其身份不是永久的、固定不变的，而是可以因特定时空条件的变化而转化。如果其已经不在驾驶位置上了，不能履行驾驶人的职责了还能叫“驾驶人”吗，还能是责任保险法律意义上的“驾驶人”吗，因此，判断因保险车辆发生意外交通事故而受伤害的人属于何种身份，应当以该人在交通事故发生当时这一特定的时间段，实际身处保险车辆的何种位置为依据来判断，不能机械地以其原有的身份来认定。

保险人未尽说明义务导致超赔责任

——一场关于保险期限的争辩

张红艳*

案情简介

2008年3月12日上午8时许，翁某某在某保险公司为自己所有的赣11/×××14号变型拖拉机投保了第三者责任险、交强险等险种在内多种保险，共支付保险费2461元。保险公司于当日上午向翁某某签发了机动车交通事故责任强制保险运输型拖拉机定额保险单、拖拉机保险单各一份。两份保险单上，保险期间均为2008年3月13日零时至2009年3月12日24时。当天中午12时许，翁某某驾驶赣11/×××14号变型拖拉机驶往红砖厂，途经某地与洪某某驾驶的二轮电动自行车碰撞，造成洪某某受伤，两车受损的交通事故。后，洪某某经抢救无效于2008年3月19日死亡。该事故经公安局交通警察大队认定翁某某与受害人负事故同等责任。2008年4月18日，经交警大队主持调解，翁某某与受害人家属达成赔偿协议，由翁某某赔偿154000元。支付赔偿款后，翁某某向保险公司要求理赔，保险公司以事故发生时保单尚未生效为由拒赔。无奈之下，翁某某于2008年7月24日向一审法院提起诉讼。一审判决，驳回原告的诉讼请求。翁某某不服，向二审法院提起上诉。

争议焦点

一审阶段查明，机动车交通事故责任强制保险运输型拖拉机定额保险单和拖拉机保险单、保险确认签收单和机动车保险投保单中投保人签字栏上“翁某某”之名字均非翁某某本人所签。但一审判决认为，翁某某与保险公司之间的机动车交通事故责任强制保险合同和拖拉机保险合同已经成立

* 张红艳，女，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

并生效。由于双方当事人对保险期间的约定在理解上并无分歧，投保人翁某某对保险期间的起讫负有“明知”的义务，在保险期间未开始时使用车辆本身具有过错。如此一来，二审的争议焦点始终围绕一个问题，即保险单中关于保险期间的条款是否产生效力？或者说，该条款对当事人翁某某是否具有拘束力？

审理判决

二审法院认为：翁某某作为投保人实际履行了保险合同的主要义务，保险公司也已经实际收取了保险费，应认定双方已成立保险合同关系。根据双方在原审中一致的陈述，机动车交通事故责任强制保险运输型拖拉机定额保险单和拖拉机保险单、保险确认签收单和机动车保险投保单中投保人签字栏上“翁某某”之名字均非翁某某本人所签。结合二审中保险公司自认的事实，即至交通事故时，保险公司尚未向翁某某交付机动车交通事故责任强制保险运输型拖拉机定额保险单、拖拉机保险单。应认定翁某某对于两份保险单中关于保险期间“自 2008 年 3 月 13 日零时至 2009 年 3 月 12 日 24 时止”的记载事项，并不知情。保险公司也未能举证其在翁某某投保时已经明确告知保险期间，并得到翁某某的认可。故两份保单中关于保险期间的记载事项仅是保险公司单方意思表述，对投保人翁某某不具有约束力。保险公司应对保险合同生效后发生的保险事故承担理赔义务。最终判决，撤销一审判决，改判保险公司向翁某某支付保险赔偿金 154000 元。

经典分析

本应是一起简单的保险合同纠纷案件，只因交通事故发生于翁某某向保险公司投保并支付保险费用后至保险单记载的保险期间开始前的“空白期间”，致使本案经两审判决，历时近一年，当事人翁某某的理赔之路走得可谓艰辛。

笔者在接受翁某某要求上诉的委托后，经过对全案的细致分析与梳理，形成的诉讼思路大致如下：

一、翁某某已履行保险合同的主要义务，保险公司亦收取保险费用，双方对于自愿缔约的意思表示真实，保险合同关系已成立无疑。

二、保险单关于保险期间的记载推迟了开始承保的时间，客观上造成了自投保人翁某某缴清保费起至承保开始前的“空白期间”，无形间增加了投保人的风险，相对地免除了保险公司在此期间的保险责任。

三、保险公司就保险单中的责任免除条款有义务向投保人翁某某作出说

明,否则该条款不发生效力,保险公司应自投保人缴清保费时起承担保险责任。

2009 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国保险法》第十七条明确规定:“订立保险合同,采用保险人提供的格式条款的,保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款,保险人应当向投保人说明合同的内容。对保险合同中免除保险人责任的条款,保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示,并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明;未作提示或者明确说明的,该条款不产生效力。”本案审理期间新法虽尚未实施,但旧《保险法》第十八条亦明确规定了保险人就责任免除条款明确说明的义务,未尽该义务的,责任免除条款不产生效力。可见,本案的关键所在是如何认定保险公司没有履行“明确说明”的义务。

在保险纠纷中,是否明确说明的事实,双方都很难进行举证。目前,保险行业的通行做法是在投保单中设置“投保人声明”一栏,注明“保险人已将对应的保险人条款内容和责任免除内容向投保人作了充分说明;投保人对保险条款内容和责任免除内容及保险人的说明已经了解”字样。如此一来,只要投保人在投保单上签字,保险公司自然而然“履行”了“明确说明”的义务。考虑到举证的困难,在审判实践中,通常认为投保人的签字是对其权利的处分,在投保单上签字认可,就视为保险公司已尽到明确说明义务。本案中,机动车交通事故责任强制保险运输型拖拉机定额保险单和拖拉机保险单、保险确认签收单和机动车保险投保单中投保人签字栏上“翁某某”之名字均非翁某某本人所签;且交通事故发生之时,保险公司尚未向翁某某交两份保险单。据此两点事实已可推定,翁某某对保险期间的记载并不知情。由于投保单等材料上的签字并非本人亲笔,保险公司自然已无法举证履行了明确说明义务,继而遭致败诉后果。

近年来,保险合同纠纷案件日益增多,其中关于保险人是否就免除责任条款向投保人明确说明而引起的纠纷更是占了绝大多数。保险人作为强势主体一方,本应在诉讼中占据有利地位。然而实践中,大多数保险人对于办理保险的程序未给予高度关注,导致内部管理混乱,保险手续总有或多或少的欠缺。正因如此,才有了本案的险胜。笔者相信本案对于同类型的诉讼案件具有一定的借鉴意义。

刑事篇



对在讨债过程中限制债务人人身自由而致债务人死亡所构成犯罪的定性探讨

——徐某某、张某、王某、李某过失致人死亡案评析

陈益娟*

案情简介

被告人徐某某、张某因轻信孙某虚构的其有较强还款能力的诸多事实而借予孙某人民币35万元，被告人徐某某、张某在得知真相后，担心孙某无还款能力，遂由被告人徐某某纠集被告人王某，后由被告人王某纠集被告人李某，共同向孙某催讨欠款。

2010年4月11日14时许，被告人徐某某、张某、王某在被告人徐某某租住的A市某街道某酒店305房间内，向孙某催讨欠款，并当场揭穿孙某的诸多谎言。孙某承认说谎，并表示会立即向他人借款还全部欠款。当日15时许，被告人徐某某、张某陪同孙某至某街道一咖啡店内，与孙的朋友唐某商谈借款事宜，唐某表示当晚给孙某答复。从当日17时许开始，为了尽快拿到欠款，被告人张某、王某、李某轮流在孙某入住的该酒店1030房间内看管孙某。孙某试图跳楼自杀，被被告人张某、李某及时发现并劝止。当日22时许，被告人徐某某等在明知继续催债可能增加孙某心理压力，从而导致孙某再次跳楼自杀的情况下，仍认为有留在1030房间的必要，并商定由被告人张某、李某留在1030房间继续催债。

2010年4月12日9时许，被告人王某至1030房间替换被告人张某。同日11时许，孙某因还款无望，导致心理压力过大，遂从1030房间跳楼自杀。

争议焦点

本案的争议焦点是：被告人的行为是构成非法拘禁罪，还是构成过失致

* 陈益娟，女，浙江政法联律师事务所律师。

人死亡罪?

侦查机关将本案移送至检察院审查起诉时,以非法拘禁罪向检察院递交了起诉意见书。检察院经审查后,改变了本案的定性,以过失致人死亡罪向法院提起公诉。在整个案件的办理过程中,这两种观点的争论非常激烈,检察院为此几次召开协调会,并认真征求了被害人家属及其代理人的意见。期间,辩护人向审查起诉机关递交了《对徐某某等四人非法拘禁案的辩护意见》,其中明确提出:本案被告人的行为不构成非法拘禁罪,而应定性为过失致人死亡罪,并从不同角度详细阐明了据以认定的理由。

审理判决

2010年9月26日,法院判决:被告人徐某某、张某、王某、李某过失致人死亡,情节较轻,其行为均已构成过失致人死亡罪。公诉机关指控罪名成立。因被告人徐某某、张某、王某、李某有自首情节,且已赔偿被害人方经济损失,依法予以从轻处罚。被告人徐某某、张某、王某分别被判处有期徒刑八个月,被告人李某被判处有期徒刑七个月。

判决后,被告人均未上诉。被害人孙某家属对本案的处理结果也较为满意。

经典分析

本案的判决,对于有效处理当前因债权债务纠纷而引发限制债务人的人身自由以致债务人自杀身亡的案件,无疑是进行了大胆的探索和尝试。检察院、法院对本案的处理方法和结果,笔者深表赞赏。

近年来,因为债权债务纠纷导致非法拘禁的案件呈现出大幅度增加的趋势。浙江记者曾从省公安厅了解到,2008年全省公安机关受理立案的非法拘禁案达1264起,其中不乏与民间借贷有关。这个数据在省高院得到证实:2008年,省高院有关非法拘禁案的受理数达1128件、2007年为819件。其中不乏有债务人死亡的案件。

在此类案件中,对于“非法拘禁人致死亡”的法律规定并不明确,对相关情节的界定非常笼统。《刑法》第238条第二款规定:“犯前款罪,致人重伤的,处三年以上十年以下有期徒刑;致人死亡的,处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的,依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。”在因债权债务纠纷而引发限制债务人人身自由的案件中,当债权人未对债务人实施任何伤害行为,而债务人自杀身亡的情况下,当前司法界对该法条的理解存在着较大的差异。对于其定性,主要有两种观点。

第一，构成非法拘禁罪。

对于致人死亡的情节，其中又有两种看法：

其一，刑事上仅对非法拘禁行为承担责任；但是，由于被拘禁期间债务人丧失了人身自由，债权人因非法拘禁行为而形成了对债务人的生命健康负有安全注意的义务，若债权人疏于安全注意义务，最终发生债务人自杀死亡结果的，可以认定债权人的拘禁行为与死亡结果存在相当的因果关系，据此认定债权人主观上有过错，应对债务人的死亡承担相应的民事责任。但刑事上仅对非法拘禁行为承担责任。如 2008 年 10 月发生在 B 市的黄某因欠债遭债主陈某非法拘禁案，陈某对黄某未有暴力，也未有恶语相向，但黄某因不堪忍受非法拘禁，从 3 楼跳下致颅脑损伤死亡。最终法院判处陈某有期徒刑二年六个月，并给予黄某家属相应的经济赔偿。

其二，债务人遭非法拘禁而致其精神上受影响并产生极大压力，该影响足以导致债务人为摆脱拘禁而跳楼逃离或跳楼自杀，而无论债务人系跳楼逃离或跳楼自杀致死，均与其遭非法拘禁具有直接的因果关系，因此适用刑法 238 条第二款的规定判决。如 2009 年 8 月发生在 C 市区的王某因欠债遭债主潘某某等非法拘禁案，被告人潘某等人始终只是跟着王某某，并和王同吃、同住、同行，他说到哪儿，就到哪儿。王某的行动并没有完全受限制，且一直都在打电话跟其他人自由联系，他打电话的对象也从来未曾受限制，所以说，王某没有完全失去过自由。但王某在带领潘某某等人去某教授处取钱时，借口上厕所，从四楼的厕所窗口跳下自杀身亡。一审法院认定潘某某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑十年六个月，并赔偿王某家属 20 余万元。潘某某不服该判决，提出上诉。最终二审法院认定潘某某犯非法拘禁罪，改判为有期徒刑六年；刑事附带民事部分和解，被告人潘某某等赔偿王某家属 20 余万元。

第二，构成过失致人死亡。

该种观点认为：如果在讨债过程中仅仅是非法限制他人人身自由的，其行为不构成非法拘禁罪。理由是——

其一，“限制”与“剥夺”是两个明显不同的概念。从语义上理解，“限制”是指规定范围，不允许超过，或者是约束。而“剥夺”是指用强制的方法夺去或者取消。“限制”不同于“剥夺”，两者在强制性程度上有一定差别，“限制”强制程度相对较“剥夺”轻。“剥夺”带有“完全”夺去的意思，就是使被控制对象“完全”失去自由行动。而“限制”则是确定一定范围和一定程度的自由行动。两者是两个不同的范畴，不能等同。而《刑法》第二百四十一条第三

款规定:“收买被拐卖的妇女、儿童,非法剥夺、限制其人身自由或者伤害、侮辱等犯罪行为的,依照本法的有关规定定罪处罚。”该款针对特定对象明确将非法“限制”与“剥夺”其人身自由的行为并列起来,并规定了以非法拘禁罪定罪处罚。由此可见,《刑法》第二百三十八条并未将非法“限制”他人人身自由例示表述,这不能说明“剥夺”行为中包含“限制”行为,反而进一步证明了“剥夺”和“限制”是两个不同程度的行为。只有达到足以剥夺他人人身自由时,才构成非法拘禁罪。

其二,我国《宪法》第三十七条规定:“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”而《刑法》第二百三十八条规定:“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”该法条并未将《宪法》所禁止的非法“限制公民的人身自由”行为作为非法拘禁罪的罪状表述,而只表述为“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由”。由此可见,立法者在立法时是将非法“限制公民的人身自由”排除在非法拘禁罪罪状之外的。

其三,在1997年修订刑法实施前,对非法限制他人人身自由的行为依据1979年原刑法一百四十四条规定的非法管制罪定罪处罚,而1997年修订刑法则取消了这一罪名。但修订后的《刑法》并未明确将非法“限制他人人身自由”的行为吸收到非法拘禁罪中。因此,根据罪刑法定的原则,对“非法限制他人人身自由”的行为不宜定为非法拘禁罪。

综上所述,对非法限制人身自由的行为以非法拘禁罪定罪处罚,没有立法与司法依据,不符合立法原意与立法初衷,违背罪刑法定原则。如若对非法限制人身自由的行为以非法拘禁罪定罪,则必须由有关有权机关作出扩大司法解释。

本案中我们认为“被告人的行为应定性为过失致人死亡”即采用了上述观点,最终法院的判决有力地支持了这一观点。

2010年2月8日最高人民法院在深入调查研究、广泛征求各方面意见的基础上,制定了《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》,其中第一部分第五点指出:“贯彻宽严相济刑事政策,必须严格依法进行,维护法律的统一和权威,确保良好的法律效果。同时,必须充分考虑案件的处理是否有利于赢得广大人民群众的支持和社会稳定,是否有利于瓦解犯罪,化解矛盾,是否有利于罪犯的教育改造和回归社会,是否有利于减少社会对抗,促进社会和谐,争取更好的社会效果。要注意在裁判文书中充分说明裁

判理由，尤其是从宽或从严的理由，促使被告人认罪服法，注重教育群众，实现案件裁判法律效果和社会效果的有机统一。”很明显，对于刑事案件的判决，并非仅仅是对犯罪分子进行惩罚，而更应注重其社会效果。在当前因为债权债务纠纷导致非法拘禁的案件呈现出大幅度增加的社会背景下，本案例极具典型性，对该类案件的处理势必直接影响到社会的安定、和谐，并直接影响经济的快速发展。因此，我们有必要让司法界，乃至整个社会对该类矛盾加以足够的重视和关注，以使其得到有效、圆满的解决，让法治建设为和谐社会保驾护航。



对故意伤害案中手段特别残忍的认定

——某故意伤害案评析

吴长富*

案情简介

2008年9月9日，袁某向刘甲借取高利贷人民币20万元，之后刘甲多次催讨未果。2009年3月3日，袁某得知刘甲让周甲等5人帮他到袁某所在的酒店内讨债后，袁某让酒店员工刚某、吴某、周乙和张甲(在逃)等人届时陪同并让周乙购买了木棍以防万一。当日，周甲等人到酒店后，因袁某表示当天无法偿还借款，周甲所带的人即采用打耳光、脚踢等方式殴打袁某，逼其还债。酒店员工刚某、吴某上前阻止，被周甲一方的人持匕首分别捅伤右腰及右臀部。后袁某一方人员持木棍、椅子、铁锹等反击，周甲等人随即逃离酒店。事后，袁某即向公安机关报警。

当日晚，刘甲多次打电话给袁某说要弄死他。袁某因为担心报警来不及，自己第二天又要挨打，吃眼前亏，于是与刚某、吴某、周乙及张甲等商量对策，决定纠集人员守候在酒店内并准备斗殴工具，以防不测。次日，刚某、吴某等人分别纠集了被告人周丙、张乙、刘乙、赵某、唐甲、唐乙、李某(在逃)等20余人至该酒店，其中张乙经过刚某纠集后又纠集了刘乙，周丙经吴某纠集后又纠集了他人并携带了刀具。期间，被告人袁某出资并指使被告人周乙购买用于斗殴的钢管、木棒等作案工具。在袁某的指使下，刚某等20余人分别持刀具、木棍等聚集在酒店四楼楼梯口。当日下午，刘甲一方拉来两车人，并携带了砍刀，聚集到酒店门口。其中刘甲等3人先进入该酒店。在刘甲快行至酒店四楼时，刚某向下扔热水瓶并下令打对方，继而袁某方人员往楼下冲，在三楼楼梯口追上逃跑的刘甲并持刀具、铁棍等砍打其头部等

* 吴长富，男，南开大学法学本科，擅长建筑房地产、公司及刑事辩护等法律服务，专职律师。

处，造成刘甲创伤性特重型颅脑损伤，构成重伤，为二级伤残。

案发后，周乙的母亲先后委托本律师担任周乙一、二审的辩护律师。经过本人的不懈努力，最终本案由二审法院依法予以改判。

争议焦点

诸被告人的故意伤害行为是否属于特别残忍手段。

审理判决

一审法院认为被告人袁某、刚某、吴某等人故意持刀砍击被害人刘某头部等处的特别残忍手段，致刘某重伤造成严重残疾，其行为均已构成故意伤害罪。判处被告人刚某有期徒刑十五年，剥夺政治权利三年；判处被告人袁某有期徒刑十四年六个月，剥夺政治权利三年；判处被告人吴某有期徒刑十四年六个月，剥夺政治权利三年；判处被告人周丙有期徒刑十三年六个月，剥夺政治权利两年；判处被告人周乙有期徒刑十一年，剥夺政治权利一年；判处被告人张乙有期徒刑八年；判处被告人赵某有期徒刑五年；判处被告人刘乙有期徒刑四年；判处被告人唐甲有期徒刑四年；判处被告人康乙有期徒刑四年。

诸被告人上诉后，检察院认为原判事实清楚，证据确实、充分，定性准确；但认定各被告人以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾不当，建议维持原判定性，依法量刑。二审法院认为诸被告人故意伤害他人身体，致人重伤，其行为均已构成故意伤害罪。被告人作案手段特别残忍并致人严重残疾，均应依法惩处。但对周丙、周乙、张乙、刘乙、赵某、唐甲、唐乙量刑不当，予以纠正。撤销原判决对被告人周丙、周乙、张乙、刘乙、赵某、唐甲、唐乙的量刑部分，维持其余部分。判处被告人周丙有期徒刑九年；判处被告人周乙有期徒刑八年；判处被告人张乙有期徒刑五年；判处被告人赵某有期徒刑二年；判处被告人刘乙有期徒刑二年；判处被告人唐甲有期徒刑两年；判处被告人唐乙有期徒刑二年。

经典评析

本律师认为本案诸被告人致被害人刘甲重伤虽造成特别严重后果，但并不属于特别残忍手段。

我国《刑法》第 234 第二款规定的“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的，应在十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑幅度内确定刑罚。什么是“手段特别残忍”呢？从审判实践来看，那些采用锐器、腐蚀性极强的溶

液等毁人容貌、挖人眼睛、割人耳鼻、砍人手脚、切人生殖器、挑断他人手脚筋等残损他人身体的行为,以及实施伤害行为过多,伤害时间过长,被害人已失去反抗能力后,行为人又继续使用其他方法对受害人进行折磨的一般会被认定为"手段特别残忍"。

对于"以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾",应理解为包含手段和结果两个必要条件,只有同时具备手段特别残忍和后果是重伤达到严重残疾标准这两个条件才能适用该情形,缺一不可。我们不能以出现特别严重的伤害后果来反推出伤害手段是否特别残忍。伤害后果严重并不意味着伤害手段特别残忍。如果只看到伤害后果特别严重,而不另行分析伤害手段是否属于特别残忍,不加区分地一律认定为"以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾",则必然导致立法上关于"手段特别残忍"要件被虚置,这显然有违立法本意。

就本案而言,被告人袁某等人故意伤害致人重伤且造成被害人刘甲严重残疾,虽伤害后果特别严重,但被害人刘甲对本起故意伤害案的发生,具有重大过错。刘甲不是普通的民间借款人,其系长期在某地放高利贷的"××帮"头子,其原来的很多手下因涉嫌犯罪羁押于看守所。2009 年 3 月 3 日,刘甲向袁某讨债未果,即使用刀具施暴,系袁某纠集人员、准备工具的直接原因,并最终引发本案,因此刘某对于本起故意伤害案的发生,也明显具有重大过错。而且本案中持刀砍击刘某头部等处的两个犯罪嫌疑人至今仍未归案,而本案的任何一名被告人均未持刀砍击刘某头部等处。原审判决将上述两犯罪嫌疑人直接实施的故意伤害之罪行,全部加之于本案的上诉人,有违我国刑法所确立的罪刑责相适应的法律原则。本案诸被告人致使刘某创伤性特重型颅脑损伤的手段不应认定为特别残忍。



多得的钱是集体的吗?

——一起职务侵占案的罪与非罪

田暐　田野*

案情简介

2005年,浙江省某市某镇某集团公司和该镇的其他几家企业经申报取得该镇工业园区内186亩工业用地的土地使用权。

2007年5月12日,上述集团公司和其他几家企业在镇政府的协调下,将工业园区186亩工业用地的填方工程以每立方米43元的价格承包给该土地所在地某镇A村,并签订了协议。工程一开始由A村老年协会牵头填方,由于受到阻挠和管理不善,经村两委会议通过填方工程由被告人吴某某(A村村委会主任)牵头转包给个人填方,并上交村利润款100万元。吴某某将填方项目的186亩土地以协议书约定的43元/立方米价格转包给赵某某等人。前期施工过程中,赵某某等人交A村20万元。填方完成后,集团公司和其他几家企业按实际填方量支付了全额工程款(实际填方量比协议预定的填方量少)。2008年1月前夕,吴某某以填方亏空、填方量不够等理由在村两委会议上提出将管理费减至70万元,并征得村两委会同意通过;接着吴某某以村两委名义向集团公司提出:(1)按市场价同协议的差价要求追加未完成工程量的管理费223677元;(2)工程施工中发生亏空,还需要上交A村的管理费50万元空缺,要求集团公司支出;(3)在施工过程中,发生斗殴,用去医药费20余万元,要求集团公司予以补助。集团公司考虑为使公司顺利进场,同意支付,并于2008年1月4日同吴某某和村书记代表的A村双委签订了一份补充协议,集团公司将其中的50万元转入A村账户,

* 田暐,男,一级律师,中国人民大学法律系刑法学专业研究生毕业,硕士,主要办理刑事辩护业务,浙江六和律师事务所专职律师。
田野,男,浙大城市学院法学院学生。

另423677元给了吴某某,吴某某将填方管理费223677元以及以医药费名义取得的20万元给了填土工程实际承包人。

检察机关认为被告人吴某某利用担任村委会主任的职务便利,将本应归属于村集体的管理费223677元非法占有,故以职务侵占罪对吴某某提起公诉。

法院作出一审判决,被告人吴某某犯职务侵占罪,判有期徒刑七年。

一审判决之后,被告人吴某某因职务侵占案,不服一审法院的判决,提出了上诉。

二审判决:撤销一审判决对吴某某职务侵占罪的认定,改判职务侵占罪不成立。

争议焦点

根据《刑法》第271条规定,所谓职务侵占罪是指公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财务非法占为己有,数额较大的行为。

本案的争议焦点:

1. 被告人吴某某是不是填方的实际承包人。只有吴某某是村委会主任,而且是填方工程的实际承包人,才能以两者的权利侵占村委会的建设资金。如果被告人吴某某并不是填方工程的实际承包人,那么单凭吴某某村委主任的身份是无法利用职务上的便利达到侵占财物的目的,所以认清被告人吴某某是否为填方工程的实际承包人,对于认定被告人是否构成职务侵占罪具有很重要的意义。

2. 223677元的管理费是否属于A村村集体财产。这是一个侵占罪的对象问题,这笔钱属于A村村集体所有,那么被告人吴某某所侵犯的对象就是符合职务侵占罪的对象;要是这笔钱不是属于A村村集体所有的,那么就不能构成职务侵占罪。因为职务侵占罪的对象必须是本单位的财物。

3. 被告人吴某某占有多少钱款。在本案中,吴某某直接经手的工程款有423677元,但423677元已交给了填土工程实际承包人用于支付填方工程的利润。所以在吴某某手中是没有钱款的,没有钱款就不能说吴某某利用职务之便非法占有本单位的财物。

审理判决

一审法院判决吴某某犯职务侵占罪，判有期徒刑七年。

一审法院判决的理由为：被告人吴某某是填方工程实际承包人，其以集团公司填方工程填土量减少前期村里亏空等原因，要求村里对上缴的100万元减少为70万元，在村里同意其减少30万元的情况下，又以A村集体名义与集团公司签订补充协议，同样以集团公司填土工程填方量减少的原因，从集团公司取得因填方工程填土量减少而补付给村的管理费223677元，应属村集体资产。而被告人将该款予以非法占有，故构成职务侵占罪。

二审法院撤销一审法院的判决，改判上诉人吴某某不构成职务侵占罪。二审改判的理由是：涉案的223677元，吴某某虽是根据A村村委会与集团公司签订的补充协议，以未填方的村管理费的名义从集团公司收取的；但其作为实质的承包人，在按村两委决议足额上缴A村管理费70万元后，对其余从集团公司获得的款项可依据承包关系取得支配权，且根据查明的事实，吴某某并未将该223677元私自侵吞，因此一审认为其非法占有村集体财产的证据不足，其本人及辩护人提出的不构成职务侵占罪的上诉及辩护意见得到了法院的采纳。

经典评析

这个案件中我们认为有四个方面的法律问题值得研究。

第一，职务侵占罪的犯罪客体和犯罪对象问题。从《刑法》的规定来看，职务侵占罪所侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的财产所有权，其犯罪对象就是公司、企业或者其他单位的财产。如果不是公司、企业或者其他单位的财产，公司、企业或者其他单位对财产不享有所有权，那就不存在职务侵占罪的犯罪客体，也就不可能发生职务侵占罪犯罪问题。本案中，被告人吴某某所处分的223677元如果不是A村的集体财产，那么侵犯的也就不是职务侵占罪的对象。本案中的223677元属于什么性质呢？村集体原本收取的管理费为100万元，但是在2008年1月4日和吴某某签订协议之后，村集体降低了管理费为70万元。属于村集体的财产是70万元，只要上缴给村集体应该得到的70万元，剩下的钱就不是集体所有的。事实上，被告人吴某某已经上缴给村集体管理费70万元，223677元的性质应该是属于转包过程中产生的利润。吴某某在转包过程中有利润产生，这样的行为肯定是不违反法律的。至于被告人吴某某怎么样分配这笔钱，是自己留下，还是分给填土工程实际承包人，都是合理合法的。

第二,职务侵占罪的主体问题。根据职务侵占罪的规定,职务侵占罪的主体必须是公司、企业或者其他单位的人员。在本案中,被告人吴某某在接受填方工程之前是A村村委会主任,在接受填方工程之后仍不是明确的填方工程承包人。他在填方工程中起到的作用是转包和管理填方工程。因此,本案中被告人吴某某的身份不是相关公司、企业或者单位的工作人员,即被告人的主体是不符合职务侵占罪的主体要求的。

第三,职务侵占罪客观方面"利用职务上的便利"问题。职务侵占罪在客观方面必须具有利用职务上的便利这一条件,即利用自己在职务上所具有的主管或者管理、经手本单位财物的便利条件,从而非法占有本单位财物。本案中被告人吴某某并没有利用这样一个主管或者管理、经手本单位财物的便利条件。

第四,职务侵占罪客观方面"侵占"含义的理解。根据侵占的字面意思理解,侵占就是占为己有的意思。具体来说,侵占的行为方式有四种:1. 侵吞。指利用职务上的便利,将自己合法保管的本单位财物非法占为己有;2. 窃取。就是通常所说的"监守自盗",指利用职务上的便利,采用秘密窃取的方式非法占有本单位财物;3. 骗取。指利用职务上的便利,采用虚构事实隐瞒真相的方法,非法占有本单位财物;4. 其他方式。指利用职务上的便利,采用侵吞、窃取、骗取方式以外的一些方法,非法占有本单位财物。本案中被告人吴某某不存在侵占的具体行为,也就是说吴某某没有把本单位财物占为己有。

综合以上四方面内容,本案无论从主体还是客观方面,都不能构成职务侵占罪。



力辩抗诉，罪不当诛

——程某故意杀人案案例辨析

吕思源　傅德法*

案情简介

这是一个罕见的最高人民检察院抗诉的案件。

原审被告人程某与陈某系初中同班同学，于读初中时的1999年左右即本案案发前七八年开始谈恋爱，两人感情深厚，并形成稳定的同居关系。有陈某情书为证："我心中喜欢的人是你，别人却无法替代"、"地球是转的，天是蓝的，海是深的，想你是真的，爱你是永恒的"。事实也是如此，虽然被告人两次被判刑服刑，两人的感情仍然很好，陈某总是每月前往监狱探视。并且，在2006年9月8日程某释放之日，陈某前往监狱迎接。

在程某服刑期间，陈某学习开车技术，而教导其驾驶技术的是被害人娄某某，娄某某知晓陈某与程某之间的未婚同居关系，却趁程某服刑之机，与陈某发生不正当男女关系。2006年7月陈某去探监时将此事告诉程某，并提出分手，陈某对程某"娄某某有无强迫发生关系"的追问，始终哭而不答。程某始终不得其解，为此程某扬言要教训娄某某。

2006年9月8日，程某刑满释放，陈某将其接出后一同就餐，在理发、换洗、住宿等事项上仍然非常关心，但是其提出与程分手，程当然不同意，反要陈某与娄某某断绝来往，陈某没有表态就离开了。

9月9日上午，程某与陈某见面后，曾叫陈某"上街去买些鼠药或刀来把我杀了"。陈某未买，离开。程某就自己去买了一把刀，多次打电话给陈

* 吕思源，男，毕业于浙江师范大学，从事刑事、经济、行政等领域的诉与非诉业务，浙江思源昆仑律师事务所专职律师。
傅德法，男，毕业于浙江大学，擅长办理土地、房产、金融担保等疑难案件，浙江思源昆仑律师事务所专职律师。

某,陈避而不见;程打电话给娄某某,想通过娄找陈某。当得知娄某某在某市一宾馆门口后,程某乘出租车赶到现场,程即向娄某某冲去并持刀捅刺娄的胸腹部,娄某某因胸腹部被锐器刺伤致上腔静脉、腹主动脉、腹主静脉及肝脏破裂失血性休克,送往医院抢救无效死亡。

案件公诉至法院。一审法院认为:被告人程某的行为构成故意杀人罪,且犯罪情节恶劣,后果严重,依法应予严惩,判处程某死刑(立即执行);二审法院认为:根据本案的具体情节,对程某判处死刑可不立即执行。

2008 年 7 月 22 日最高人民检察院以原审被告人程某属于罪行极其严重的犯罪分子,依法应当判处死刑立即执行,二审判决确有错误,应予纠正为由,向最高人民法院提出抗诉!

争议焦点

1. 程某故意杀人是否主观恶意特别深,手段残忍。

最高检抗诉认为:程某是累犯,事先买了凶器,预谋报复杀人,主观恶意特别深,手段残忍。

律师辩护意见:程某并不是有预谋地杀人,而是临时起意,激情杀人。程某得知陈某被娄某某奸污后,也只是表示要教训娄,并没有表示要杀死娄;买刀、带刀的目的是为了向陈某表真情;与娄某某见面后才萌生要用刀捅娄某某的犯意。本案杀人的手段一般,属于一般的刀伤死亡形态,并无特别之处,其作案手段不属于特别残忍之列。

2. 被害人娄某某是否有过错。

最高检抗诉认为:陈某与娄某某建立恋爱关系后,即明确向程提出分手,程因此迁怒并杀死娄某某,被害人娄某某没有任何过错。

律师辩护意见:本案被害人娄某某有一定的过错。①被告人程某与陈某于案发前七八年前开始恋爱,两人感情深厚,并形成了稳定的同居关系;②娄某某明知陈某与程某之间的关系,趁被告人程某服刑期间,对陈某采取先奸后发展关系的办法形成其与陈某间的关系;③被害人娄某某有强奸陈某的嫌疑。从陈某"哭而不答"的事实可推理:不能排除陈某被娄某某强奸的可能;④至于后来陈某明确向程提出分手,执意要离开程某,至今无法排除是因太爱程某而不让两个人的爱情因其被奸而蒙羞的可能。

3. 程某归案后的认罪态度是否较好,有无悔罪表现。

最高检抗诉认为:程某归案后的认罪态度差,对关键情节编造谎言,企图通过干扰司法获得从轻处罚;程某家属以改判为条件的赔偿不属于积极

赔偿。

律师辩护意见：被告人程某表示对被害人家属道歉，并积极请其家属代为赔偿的行为均证明其悔罪表现，是积极赔偿的表现。程某服刑所在监狱的《服刑人员程某改造情况证明》真实而具体地证明了程某做到认罪服法、悔改表现突出。

4. 程某故意杀人是否造成了恶劣的社会影响。

最高检抗诉认为：程某故意杀人的地点在较繁华地段，造成社会恐慌，对死缓判决，被害人家属反响强烈、当地群众不接受，造成了不良的社会影响。

律师辩护意见：本案系间接故意杀人，它具有随时、随地发生的特点，但程某只针对娄某某，而不是见人就刺，不会造成其他人的人身危险和恐慌。被害人家属申诉上访，不能作为控方此论的理由，况且被害人家属对附带民事赔偿的判决没有提出上诉、是接受的；对于当地群众意见，最高检仅仅走访数人，其认定为"证据不足"。

5. 程某是否该杀。

最高检抗诉认为：程某属于罪行极其严重的犯罪分子，对其应当判处死刑立即执行，二审判决有误，应予纠正。

律师辩护意见：本案系横刀夺爱酿命案，事出有因应慎杀。二审判决符合我国刑法"罪刑法定"、"罪罚相当"的原则，应予维持。

审理判决

最高人民法院于 2009 年 11 月 19 日作出《刑事裁定书》：认定"原审被告人程某因恋爱纠纷而故意持械非法剥夺他人生命，其行为已构成故意杀人罪。且犯罪后果严重，又系累犯，应依法从重处罚。但鉴于本案系因恋爱纠纷引发、程某归案后能够如实供认主要犯罪事实、程某家属已代其将判决的赔偿款足额交至法院、程某在服刑期间表现尚好等具体情况，不宜再对程某判处死刑立即执行。故对程某及其辩护人所提请求维持第二审判决的辩护意见，予以采纳"，故裁定：

维持二审法院的刑事判决。

经典评析

本案是最高人民检察院 2008 年一号刑事抗诉案件。最高检抗诉，十分罕见，因为最高检察院对具体案件不会轻易抗诉，这就足以说明本案抗诉与辩护的对抗之激烈。辩护律师能取得成功辩护，实属不易。

1. 本案抗、辩双方争辩的实质是死刑的适用问题。因为,双方对程某故意杀人罪的定性没有异议,对程某携带尖刀到某市一宾馆门口,向娄某某冲去并用刀捅刺娄的胸腹部,致娄死亡的事实没有争议。据此,辩护律师紧紧抓住死刑只适用“罪大恶极、不得不杀”的犯罪分子的规定,指出本案系婚恋纠纷引起,且被害人娄某某有一定的过错;程某不是有预谋地杀人,而是临时起意,激情杀人,其主观恶意不是特别深、手段一般,归案后的认罪态度较好,有真实的悔罪表现。依照刑法规定,程某不是非杀不可的人。

2. 对被害人娄某某的过错事实,依据证据予以还原,剖析其过错的内容。

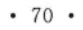
被告人程某与陈某于案发前七八年前开始恋爱,两人感情深厚,并形成了稳定的同居关系;虽经被告人两次服刑均没有影响两人的感情,且陈某每月前往探监。

娄某某明知陈某与程某之间的关系,趁被告人程某服刑期间,对陈某采取先奸后发展关系的办法形成其与陈某间的关系。

被害人娄某某有强奸陈某的嫌疑。据陈某证言,“2006 年 4 月份,我通过表哥汪某某认识了娄某某,并跟娄某某学习开车。到 5 月 31 日在我朋友徐某某租处与娄某某发生性关系”,“程某讲你不考虑我的感受,发生性关系时,他有无强迫你?我当时只是在哭没有回答程某的问话。”证实娄某某是利用教陈某开车的师徒关系,利用程某不在陈某身边之际与陈某发生性关系,且是否违背陈某意志,是否娄某某强迫所为至今尚未查明。从陈某哭而不答的事实可推理:不能排除娄某某强奸陈某的可能。

至于后来陈某执意要离开程某,而跟从娄某某的行为也并不能排除以上嫌疑。且至今无法排除陈某离开程某是因太爱程某而不让两个人的爱情因其被奸而蒙羞的可能。

这样,被害人娄某某的所作所为,以及与本案发生的关系,都一一展现在法官面前。虽然在最后的刑事裁定上没有明确认定被害人娄某某具体违法过错,但是已体现在最后的裁判结果上。



一份《采伐合同》采伐出的悲与喜

——叶某滥伐林木案评析

张利春*

案情简介

2007年10月1日，某村委会经某林业局批准，取得集体山场杉木的采伐许可证，规定采伐材积为150立方米，采伐方式为抚育间伐，采伐面积68亩，采伐范围也做了明确。同年10月5日，该村集体雇了邻村的叶某等人为其采伐，并由叶某代表采伐工与村委会签订了《采伐合同》。合同约定，采伐方式为抚育伐，采伐数量为150立方米，必须50天之内将杉木全部砍倒，并将杉木运到直坞口田里验收，该合同中对采伐四至并没有做出说明。

2007年10月10日，叶某等采伐民工到山场进行采伐。采伐期间，根据村主任的指挥、安排，在采伐范围内共择伐了1793根(村主任要求伐1800根)。2008年1月4日，第一批下山的1013根杉木经验收，材积为141.642立方米;2008年3月20日第二批下山的573根杉木经验收，材积为65.076立方米。共计材积206.718立方米，实际超伐林木56.718立方米。

2009年3月30日，公安机关立案侦查后，认为该村主任及叶某构成滥伐林木罪。2010年8月23日，检察院经审查认为，村主任不构成滥伐林木罪，而仅以叶某构成滥伐林木罪依法向人民法院提起公诉。

争议焦点

1. 村干部指挥、安排被告叶某采伐村集体名下林木是否属于单位犯罪。

2. 被告人叶某按照《采伐合同》约定以及村主任的指挥、安排进行采

---

* 张利春，女，浙江浙联律师事务所。

伐,其对滥伐的结果是否存在故意。

控方认为,本案事实证明,叶某作为经常采伐林木的工人,不顾签订采伐合同的要求,超出采伐许可证规定的采伐范围采伐杉木,数量巨大,存在明显的故意,应该以滥伐林木罪追究其刑事责任。

辩方认为,本案属于单位犯罪,且叶某对滥伐的结果不存在明知或故意,主观上没有任何过错,公诉机关对被告人叶某犯滥伐林木罪的指控是客观归罪,被告人叶某犯滥伐林木罪不能成立。其理由是:

1. 本案持有林木采伐许可证的主体是村委会而不是被告,超伐的林木也属于村集体所有,超伐所得利益也均为集体所有,完全符合单位犯罪的特征。如要对滥伐行为追究刑事责任,也只能追究单位及单位直接负责人的刑事责任,而非参与采伐作业的工人叶某。

2. 被告人叶某是按照《伐木合同》约定以及村主任的指挥、安排进行合理采伐,采伐过程中并没有过错行为,其主观上没有滥伐的故意。而造成本案木材实际多砍的原因在于:

(1)在实施砍伐期间,村委会及林业管理部门没有按照《浙江省林木采伐管理办法》的相关规定,向叶某等砍伐工切实履行伐区拔交手续,也没有在《采伐合同》中对采伐四至等核心内容进行明确。

(2)村委会擅自改变边伐边量的采伐要求,致使采伐的材积不能及时得到控制。

林木采伐是一项特殊的作业项目,在进行大面积的采伐作业时,采伐工人对采伐数量是无法控制的,因此《浙江省林木采伐管理办法》第十五条明确规定:采伐林木的单位和个人应当边采伐、边检尺。而村委会为了追求采伐进度,擅自改变了边砍边量的设计要求,直接要求叶某等砍工在50天之内将杉木全部砍倒,并最终导致超伐的发生。

(3)在山场林木整个采伐过程中,下茨村以及林业管理部门都没有按规定派人到采伐现场进行跟踪监督检查,使采伐中的检查管理流于形式,也是诱发超伐的直接因素。

审理判决

经控辩双方激烈争论,公诉机关也意识到指控叶某构成滥伐林木罪,在事实以及证据上存在重大的问题,并最终向法院提出撤诉申请。后经法院裁定,准许公诉机关返回起诉,叶某无罪释放。

经典评析

根据我国《刑法》第三百四十六条以及最高院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、《浙江省林木采伐管理办法》等相关规定，单位也可成为滥伐林木罪的犯罪主体。滥伐林木的犯罪行为主要表现为：未持有林木采伐许可证，任意采伐本单位所有或本人森林；持有森林采伐许可证，违反规定的时间、数量、数种或者方式；超出采伐许可证规定的数量采伐他人所有的林木。

审判过程中，控辩双方对本案究竟是单位犯罪还是自然人犯罪存在争议。控方坚持，叶某的采伐行为并不是在单位意志支配下实施的，叶某作为具有一定采伐经验的采伐工人，在《采伐合同》约定采伐数量的情况下，超出采伐许可证规定的采伐范围采伐杉木，存在明显的故意，应该以滥伐林木罪追究其个人刑事责任，而不属于单位犯罪。

辩方认为，持有林木采伐许可证的主体是村委会，超伐的林木也属于村集体所有，超伐所得利益也均为集体所有，被告的采伐行为也是受村干部指挥、安排的，因此本案属于单位犯罪，被告叶某不构成滥伐林木罪。

虽然，我国《刑法》总则未对单位犯罪的概念作出明确的规定，但刑法理论上一般认为单位犯罪是以单位名义，由单位的法定代表人、代理人或其他单位成员，在单位意志支配下，为单位利益而实施的依法应受到刑罚处罚的行为。《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》明确“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有的，是单位犯罪”。也就是说，认定单位犯罪必须同时具备两个条件：一是以单位名义实施犯罪；二是违法所得归单位所有。

综观本案，完全符合单位犯罪的条件和特征，因此将本该是单位犯罪当作自然人犯罪来处理，仅让采伐工人来承担单位滥伐林木的刑事责任，有失公理、公平，违反了“罪刑相适应”的原则。

另外，村委会与叶某签署的《采伐合同》，也引发了控辩双方对叶某是否存在明知或故意的激烈争论。控方认为被告人叶某在签署《采伐合同》时，就应当去了解具体采伐的范围、数量、方式。因此，在实际采伐过程中超出采伐四至、采伐数量，其在主观上存在犯罪的故意。

辩方认为，控方以民事行为来推定主观上的犯罪故意，这种推定的逻辑显然是错误且不能成立的。

我国《刑法》第十四条规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，

并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。"所谓的"明知",是犯罪故意的认识因素的体现,是指行为人对自己的行为将会对犯罪客体造成的危害结果,事先是有明确预见的。对于一个犯罪行为来说,由于时间、地点、环境条件等因素不同,以及个体的认识差异的客观存在,如何判断行为人在认识上是否为"明知"应该有所区分或甄别。

本案中涉及的犯罪行为是超出采伐证许可范围超伐林木,对于在采伐过程中是否超出采伐四至、采伐数量,在没有其他方式来控制的话,其预知的要求已经远远超出一般人的判断水平和能力,更别说是一份约定不明的《采伐合同》所能预见的。正因如此,为了预防超伐的发生,《浙江省林木采伐管理办法》明确规定,在采伐人实施采伐作业以前,林业管理部门依法应履行伐区拔交的义务,以使采伐人充分知晓采伐区域内容。采伐林木的单位和个人应当边采伐、边检尺。在采伐过程中,应即时监督采伐作业过程,防止实际的超量采伐林木蓄积。因此,在本案中认定叶某是否存在主观上的故意,需要综合考虑村委会以及林业管理部门是否切实履行伐区的拔交、告知以及监督管理等义务。

综上,笔者通过本案的代理,认为公诉机关以一份《采伐合同》以及超伐的事实指控被告人叶某存在滥伐林木的故意,完全属于客观归罪,将叶某推至被告席是一悲。公诉机关在庭审后充分考虑辩方意见,主动申请撤回起诉,回归司法的公正,叶某重获自由是一喜。

证据有缺陷的案件是否可以从轻?

——一起故意杀人案件的辩护

田　暐　徐丽娟*

案情简介

2000年,谢某某在J省A县任县长工作期间结识邵某某,后两人交往渐密并发展为不正当男女关系。2006年3月,邵某某调入某省B市工作并迁居此地,谢某某也调任某区区委书记。此后二人仍保持男女关系。

2009年11月13日,邵某某乘坐谢某某的轿车来B市。同年11月15日上午,谢某某欲离开邵某某B市住处,回老家C市。两人为此事发生争执。为制止邵某某大喊大叫,谢某某在该室主卧床上用捂嘴、裹被子等方式致使邵某某死亡。

之后谢某某用菜刀在该室卫生间内将邵某某尸体肢解为头、双下肢及躯干四部分,后外出购得编织袋四只,将尸块分别装入袋中。谢某某将包装好的尸块及邵某某随身物品先后搬入轿车内驾车返回D市,途中谢某某欲将尸块沉入水中,遂打电话要求其弟、司机等人准备钢板、铅丝、绳索等沉尸工具。谢某某在获取工具后,又对包装的尸块固定钢板、套上蛇皮袋、捆绑绳索等进行包裹,并于当晚驾车驶入高速公路,在某大桥边,将尸块抛入Z江,随后返回D市。

邵某某遇害后的数月间,谢某某用多种手段制造邵某某尚存人世的假象。2010年3月26日,邵某某的家属发现异常后向B市公安局报案。2010年3月28日,谢某某因涉嫌违法违纪被中共J省纪律检查委员会"双规"。3月29日,谢某某即在省纪委的办案点将整个案件的基本事实交代

* 田暐,男,一级律师,中国人民大学法律系刑法专业研究生毕业,硕士,主要办理刑事辩护业务,现为浙江六和律师事务所专职律师。
徐丽娟,女,西南政法大学刑法专业研究生毕业,硕士,浙江六和律师事务所律师助理。

清楚。3月30日，案件被移送公安机关，同日谢某某被刑事拘留。

争议焦点

本案证据是否存在缺陷，在证据有缺陷的情况下，对被告人是否可以从宽处罚。

控方认为，谢某某的犯罪事实清楚，证据确实、充分，其行为构成故意杀人罪，并当庭发表本案的启示，要求国家公职人员应当自律自省、自我监督，加强党性修养，加强法律学习。

辩护律师在一审、二审中坚持认为，在本案中，谢某某的行为应该分为两个环节来看。一是杀人的环节；二是分尸抛尸的环节。辩护人认为分尸抛尸环节的证据确实、充分，没有异议。但是后一分尸抛尸环节与前一环节是相互独立的，在杀人的环节，辩护律师认为控方的证据存在欠缺，在这个环节只有被告人本人的供述，缺乏其他证据印证，而且被告人的供述也有变化。因此应对被告人从宽处罚。

审理判决

法院经审理认为，被告人谢某某与邵某某因情感等问题引发的争执过程中，采用捂嘴、扼颈等手段致其死亡，并分尸、抛尸，其行为已构成故意杀人罪。对辩护人所提的相关辩护意见不予采纳，关于自首的辩解同样不予采纳。同时，对被告人取得被害人家属谅解的情节，一审判决书中只字未提。一审法院最终判决被告人谢某某犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。二审裁定维持原判。此案通过最高人民法院的死刑复核程序，谢某某已被执行死刑。

经典评析

本案从审查起诉至执行，历时三个多月，办案速度相当之快。由于被告人的特殊身份，本案引起了媒体的极大关注。控方在指控当中也增加了由该案所得的启示，并用大量的篇幅对被告人作以政治及道德层面的评价。但是，我们认为，法院的审理应当以事实为依据，以法律为准绳。我国最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于2010年6月13日发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，该规定第五条明确指出，办理死刑案件，对被告人犯罪事实的认定，必须达到证据确实、充分。证据确实、充分必须要求定罪量刑的事实都有证据证明；每一个定案的证据均已经法定程序查证属实；证据与证据之间、证据与案件事实的过程

符合逻辑和经验规则，由证据得出的结论为唯一结论。由于生命权为权利当中至高无上的权利，因此，剥夺公民的生命权对证据的要求尤为严格。我们认为，本案当中，谢某某杀人环节的证据难以达到上述规定的要求，因此，从尊重证据和法律的角度，法官在裁量时应予以充分考量。

从本案的全过程来看，主要可以分为两个阶段。一是杀人，二是分尸抛尸。对于第二个阶段分尸抛尸的证据应该是充足的，既有言词证据，也有物证。但是对于第一个阶段，则缺乏充足的证据证明：

第一，在现有的证据当中，只有被告人谢某某的供述是指向证明被害人遇害过程的，且被告人的供述处于变化不定的状态。

第二，现有的尸体鉴定结果是死者死因不明。整份尸检报告也没有说明被害人心脏、肺等的情况，因此不能证明被害人是受到怎样的迫害而死的。在死因不明的情况之下，仅仅依据被告人的口供而认定其故意杀害邵某某，这再次表明现有认定的证据存在欠缺。

第三，本案的另一份鉴定，即尿迹布片的DNA鉴定和理化检验。从鉴定和化验的结果来看，同样不能认定尿迹就是邵某某在遇害前的小便失禁所留。化验只能检测出布片含有尿素和尿酸，而不能确定是谁的尿素和尿酸。DNA鉴定结果显示，痕迹为死者、邵某某的姐姐及他人所留，所以不能排除尿迹为除死者之外的他人所留。显然不能达到证据的唯一。该支持被告人杀人的佐证也应慎重考虑甚至排除。

此外，宽严相济的刑事政策对我国建设社会主义法治社会具有重大现实意义。本案当中，宽严相济的刑事政策没有得到合理贯彻。当宽则宽，当严则严，宽严互补，宽严有度为宽严相济刑事政策的基本内涵。其构建的规范基础在于现行且行之有效的刑事实体法规和程序法规，其构建的伦理基础则是人们共通的社会基本情理。现行最高人民法院印发的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见的通知》（法发〔2010〕9号）第23条明确规定，被告人案发后对被害人积极进行赔偿，并认罪、悔罪的，依法可以作为酌定量刑情节予以考虑。谢某某尽其所能对被害人一方进行了积极的赔偿，在量刑中应当有所体现。

重新鉴定,积极赔偿,一审死刑二审改判死缓

——许某某故意伤害案评析

胡红星*

案情简介

被告人许某某与被害人李某某因赌博产生赌债,李某某将史某的一条金项链抵押给许某某。2009 年 5 月 27 日晚,李某某、史某电话催促许某某归还抵押的项链,双方为此在通话中发生争执,后约定在酒店大厅见面。为教训李某某,许某某遂纠集被告人唐某某、姜某某,并从自家住处拿取三把砍刀,共同搭乘姜某某驾驶的车辆于当天 19 时 30 分许赶至酒店砍伤李某某头部、左腰背部、右下肢等处,砍伤史某左腰部,造成李某某重伤,史某轻微伤。根据司法鉴定所 2009 年 11 月 30 日出具的法医临床司法鉴定意见书,李某某遗留左侧肢体偏瘫的伤残等级为Ⅱ级,护理依赖等级为一级护理依赖。

法院一审认为,被告人许某某等行为均已构成故意伤害罪。被告人许某某等公然持刀在本市繁华闹市砍劈他人身体,并致李某某严重残疾,依法应属以特别残忍手段致人重伤并严重残疾,且后果严重,社会危害性极大,均应依法予以严惩。……被告人许某某等在本院审理期间,视被害人家属急需钱款疗伤的实际情况及本院多次释明于不顾,拒不赔偿,酌情予以从重判处。据此判决被告人许某某犯故意伤害罪,判处死刑,剥夺政治权利终身。

争议焦点

根据《刑法》第二百三十四条,故意伤害他人身体致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的,判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者

---

* 胡红星,男,毕业于北京大学法律学系,法学硕士,浙江君安世纪律师事务所专职律师。

死刑。因此本案二审的焦点就在于:被告人许某某等的伤人行为是否属于"特别残忍手段"造成被害人"严重残疾",以及一审对许某某判处死刑是否过重。

审理结果

二审期间,经辩护人积极申请,检察院司法鉴定中心对被害人李某某的损伤残疾程度进行了重新鉴定,认定李某某人体损伤残疾程度为四级伤残,而非原鉴定机构所认定的二级伤残。另外,上诉人许某某的亲属也积极筹措、预交了 48 万元赔偿款。在辩护人和上诉人家属的共同努力下,法院二审对上诉人许某某的刑事判决部分进行了改判,即判决许某某死刑、缓期二年执行。

经典评析

本律师接受上诉人许某某家属的委托和律所指派担任上诉人许某某故意伤害一案的二审辩护人。辩护人在多次会见上诉人许某某,并认真查阅、研究了一审的全部案卷材料后发现了本案的一个明显问题,作为一审判决主要依据的司法鉴定所作出的鉴定结论(被害人属二级伤残),是由区人民法院委托作出的。即本案一审原来是已经由区人民法院受理立案,后来才移送到中级人民法院,而本案事实清楚、案情相对简单,不符合刑事诉讼法移送管辖的情形,对此中院在一审判决中也没有进行说明。因此辩护人对这一问题非常关注,辩护人有理由怀疑或许就是司法鉴定所作出了一个错误鉴定而误导了审判,案件才从区人民法院移送到市中级人民法院一审,被不当地夸大、升格处理。本案如果仍由区法院审判,判决最终的刑罚也就是 15 年有期徒刑,而被不当升格后,在中院被顶格判处死刑。因此,本案二审的关键在于发现、查明司法鉴定所作出的鉴定结论是否确有错误,辩护人在认真查阅案卷材料后发现,司法鉴定所的鉴定依据与在案的被害人本人病历记载明显不符、疑点甚多。于是辩护人立即申请对被害人李某某的损伤残疾程度进行了重新鉴定,争取二审法院同意,由检察院司法鉴定中心进行重新鉴定,最终得出了公正、正确的鉴定结论(鉴定被害人人体损伤残疾程度为四级伤残),为上诉人二审改判提供了可能。

本辩护人认为:一审认定上诉人"属于以特别残忍手段致人重伤并严重残疾、依法应当严惩,又视被害人家属急需钱款疗伤的实际情况拒不赔偿、酌情予以从重处罚"而判处其死刑是错误的。一审判决认定相关事实情节错误,以此对上诉人判处死刑,导致量刑畸重,判决错误。

辩护人在二审中具体发表辩护意见如下：

1. 一审认定上诉人致被害人重伤属于二级伤残错误。一审判决认定“被害人李某某的伤势程度构成重伤，且属二级伤残”，其依据是司法鉴定所《法医临床司法鉴定意见书》。而司法鉴定所的鉴定依据与李某某本人病历记载明显不符。二审检察机关依上诉人申请对被害人李某某的损伤残疾程度进行重新鉴定，鉴定结论是李某某“人体损伤残疾程度为四级伤残”。现李某某已经治愈出院，正在进一步康复中。

一审判处上诉人死刑的主要理由是上诉人故意伤害致被害人二级伤残，现在经重新鉴定被害人伤残等级实际只有四级，并不属于特别严重残疾，因此再判处上诉人极刑就没有依据。

2. 上诉人已积极赔偿被害人。上诉人在一审期间未能赔偿被害人系事出有因，在二审期间上诉人已通过家属积极对被害人进行赔偿。在提起上诉后上诉人家属即交付了 20 万元到一审法院给被害人用于治疗，使被害人得以治愈出院。在二审开庭前上诉人家属又筹集了一部分款项赔付被害人。就上诉人自身家庭条件而言，能够筹集如此巨额款项赔付被害人已是很不容易，也表明了上诉人的积极赔偿态度。此外，在根据重新鉴定的伤残等级和相应护理等级确定赔偿金额后，上诉人也会尽量赔偿到位。

3. 被害人在本案的起因上存在一定的责任。一审判决认定的证据证明本案系因赌债问题引起，是李某某欠了上诉人赌债钱拿不出来，李某某不仅不付钱还无理取闹要求上诉人把之前抵押在上诉人处的一条项链还给他，因此上诉人和李某某在电话中发生了争吵。正是李某某一再打电话挑衅上诉人，说要“弄”上诉人之类的话语最终导致了上诉人一时冲动对其实施伤害，这足以说明被害人自己在案件的起因上是存在一定责任的。最高人民法院发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第 36 条规定：“在对被告人作出有罪认定后，人民法院认定被告人的量刑事实，除审查法定情节外，还应审查以下影响量刑的情节：(一)案件起因；(二)被害人有无过错及过错程度，是否对矛盾激化负有责任及责任大小。”对照上述规定，本案被告人在案件起因、对矛盾激化都是负有责任的。

此外，一审判决认定上诉人“在本市繁华闹市砍劈他人……应属以特别残忍手段致人重伤”，显然是夸大牵强的认定。相反，上诉人并无犯罪前科，在归案后一直有良好的认罪态度，这些都是可以酌情从轻的情节。最高人民法院发布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》(法发〔2010〕9 号)第 26 条规定：“在对严重刑事犯罪依法从严惩处的同时，对被告人具有……

法定或酌定从宽处罚情节的,还要注意宽以济严,根据犯罪的具体情况,依法应当或可以从宽的,都应当在量刑上予以充分考虑。"依据上述规定,即便上诉人许某某故意伤害致人重伤,属于严重刑事犯罪,但鉴于其致人重伤并未构成特别严重残疾,被害人在案件起因上负有责任,其归案后有认罪悔罪并积极赔偿等酌定从轻处罚的情节,对其也应考虑适用宽严相济、宽以济严的刑事政策,予以从宽处罚。

综上所述,一审判决对本案的相关犯罪事实情节认定存在错误。上诉人在本案的主客观恶性和社会危害性均不属特别严重,一审判处其死刑,根本违背了"保留死刑,严格控制和慎重适用死刑"的基本刑事政策,判决是明显错误的。辩护人恳请二审法庭能严格以事实为依据、以法律为准绳,公正审判,撤销一审错误判决,对上诉人许某某从宽判处刑罚。

此案之所以最终得以改判,取得了较好的效果,一方面在于辩护人从本案关键性证据出发,一审判决依据的司法鉴定的疑点和错误,积极申请重新鉴定改变了原先的错误鉴定结论;另一方面在于积极做好上诉人家属的工作,使得上诉人家属能够积极配合,筹措巨额赔偿款赔付给被害人,这些努力使得二审法院酌情减轻了对上诉人许某某的刑事处罚。最终判决应该说是罚当其罪的,也体现了办案效果和社会效果的统一。该案因此被省检察院评为2010年度优秀案例。

刑事案件辩护中情与法冲突的量刑权衡

——为美籍博士丁某等人特大非法经营抗癌假药案件辩护

高振华*

案情简介

该起案件被国家食品药品监督管理局列为全国2010年度十大典型假药案件第二位,同时被省公安厅列为2010年度省十大经济犯罪案件之首,是一起在国内有较大影响的涉外非法经营假药案件。

被告人丁某为美籍华人,曾在多家国际跨国医药公司从事研发工作,案发前为某生物医药技术开发有限公司总经理,博士生导师。2007年,丁某与他人合作在秘鲁注册成立秘鲁某药业公司,并于2008年1月至2009年5月经审批在秘鲁陆续生产销售了EMATI(依玛体)、ELOTI(埃罗体)、SORENIC(索伦尼克)等治疗肿瘤药物。

2008年下半年至2009年11月间,丁某在未经我国药品监督管理部门批准、未获取药品生产经营许可证的情况下,先后多次指派下属公司职员胡某到A市非法生产EMATI(依玛体)、ELOTI(埃罗体)、SORENIC(索伦尼克)等治疗肿瘤药物。而后,丁某通过快递方式将自制药和外包装邮寄给事先至B市设点的杜某进行分类包装并对外销售。同时,丁某将自行购入的日本产TS-1、印度产易瑞沙等治疗肿瘤药物和部分非法自制的EMATI(依玛体)、ELOTI(埃罗体)、SORENIC(索伦尼克)等治疗肿瘤药物非法销售给癌症患者家属。案发时,丁某等人已经销售的药品金额共计人民币687万余元。

经过调查,C市食品药品监督管理局认定从丁某和杜某处查扣的未销售药品在我国均为处方药管理,但均未取得药品生产批文。同时,经鉴定查

* 高振华,男,毕业于浙江大学法律系,浙江六和律师事务所专职律师。

扣的未销售药品价值人民币2781万余元(被告人对外实际销售价约为10%),有效成份含量达到同类正品标准。

经过审理,一审法院认定被告人丁某非法经营药品金额达3400余万元(包括被查获药品的价值),犯非法经营罪,判处有期徒刑十年,并处罚金人民币400万元。后经上诉,二审法院对丁某改判为有期徒刑六年,并处罚金人民币400万元。

争议焦点

焦点之一:被查扣的药品尚未销售的部分犯罪事实是否构成犯罪未遂?

公诉机关和一审法院认为本案所涉扣押药品经非法生产后在被告人丁某邮寄给杜某分装销售时被查获,部分药品已经完成包装,属于进入营业阶段后被扣押,构成犯罪既遂。

丁某的辩护律师则认为在药品已被查扣尚未销售的情况下,市场秩序尚未被扰乱,消费者或者病患的利益尚未受到侵犯,行为人也尚未获利,符合刑法总则规定的“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞”的情形,应当属于犯罪未遂。

焦点之二:在鉴定结论认定查扣药品价值人民币2781万余元且已查明对外实际销售价约为10%的情况下,如何认定该部分药品的非法经营数额?

公诉机关和一审法院认为被查获的药品大部分系散装药,且均无标价,故公安机关委托估价符合相关法律规定。价格鉴定结论认定的查扣药品价值人民币2781万余元可以作为定案依据,该数额应当包括在全案的非法经营数额之内。

丁某的辩护律师则认为根据相关司法解释的规定,伪劣产品尚未销售的,货值金额以违法生产、销售的伪劣产品的标价计算。已经查清的侵权产品的实际销售平均价格可以视为侵权产品的标价。既然侦查机关已经查明被告人对外实际销售价约为10%,就应当认定被查扣药品的非法经营数额为278万元。

焦点之三:能否认定本案中被告人的主观恶性程度和客观社会危害性较大,从而判处较重的刑罚?

一审法院认为被告人丁某非法经营假药的行为足以严重危害人体健康,所涉非法经营数额特别巨大,依法应当认定为情节特别严重,判处较重的刑罚。

丁某的辩护律师则认为丁某在生产销售药品时主观动机上并不以营利为主,主要原因还是在于看到国内大量的癌症患者面对高昂药价无力承受,出于医药专家的职业责任感去帮助患者。而且从药品质量来看,丁某的自制药有效成份含量达到同类正品标准。从自制药的疗效来看,服用的患者也是普遍满意的。所以本案中被告人的主观恶性明显较小,社会危害性明显较轻,应当处以较轻的刑罚。

审理判决

一审法院经审理认为被告人丁某等人违反国家药品管理法规,未经批准许可,擅自在国内从事药品生产、销售活动,扰乱市场秩序,情节特别严重,其行为均已构成非法经营罪,判处丁某有期徒刑十年,并处罚金人民币400万元。

经过上诉,二审法院鉴于本案被告人生产、销售药品的主观恶性程度、客观上没有给人体健康造成严重危害以及价值2700余万元涉案药品尚未流入社会等案件具体情况,认为原判对各被告人的量刑偏重,决定对丁某改判为有期徒刑六年,并处罚金人民币400万元。

经典评析

本案进入审查起诉阶段后,相关办案单位公开了主要案件情况,引起了社会各界的广泛关注。因为本案中服用丁某的自制药的所有癌症患者都对药品的疗效非常满意,也都对丁某为面对高昂进口药价无力承受的患者提供低价甚至免费的抗癌药物表示感激,公众舆论纷纷表示理解并同情丁某的行为。

为此,辩护律师细致剖析了被告人丁某从药品研制转为非法经营的主观动机,全面阐述了丁某生产、销售自制药品的客观后果,将有利于被告人的情感因素纳入被告人主观恶性明显较小、社会危害性明显较轻的法律观点,最终得到了终审法院的支持。

第一,被告人丁某在生产销售药品时主观动机上并不以营利为主。

丁某之所以在国内生产销售自制抗癌药物并帮助有需要的病患代购进口药物,在其主观动机上不可否认地存有一些营利的想法,但是促使丁某实施这些行为的主要原因还是在于看到国内大量的癌症患者面对高昂药价无力承受而陷于生理和心理的双重痛苦,出于医药专家的职业责任感使他想到能够用其所学尽量帮助他们。

为此,丁某也在秘鲁设立了医药公司,合法生产抗癌药物并以较低的价

格间接提供给国内患者，也向身边有需要的许多癌症患者无偿提供自制药物。试想，如果丁某主观上以营利为主的话，他为什么还要费尽周折远去秘鲁开办医药公司而不是直接在国内生产销售？又为什么只是将药品提供给自己身边相识的医生及患者家属而不是大张旗鼓地宣传推销（如在互联网上发送广告）？

第二，本案的社会危害性明显较轻。

从药品质量来看，药品检验报告已经认定了从丁某等人处扣押的自制药有效成份含量达到同类正品标准。从自制药的疗效来看，服用的患者也是普遍满意的，都表示服药后效果很好，肿瘤直径明显减小。

而且，丁某生产的抗癌药品所有的外包装都是秘鲁巅峰制药公司的药品外包装，并没有仿冒任何其他国外药商的产品包装，而丁某本人就是秘鲁巅峰制药公司的创始股东和新药主要研制者。所以，从这一角度来说，丁某的行为造成的社会危害性也是较轻的。

第三，被查扣的药品尚未销售的部分犯罪事实应当构成犯罪未遂。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2001〕10号）第二条第二款规定："伪劣产品尚未销售，货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售金额三倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。"本案中被告人的行为既构成生产、销售假药罪，又构成非法经营罪，虽然依照想象竞合犯的处理原则择一重罪论处即以非法经营罪定罪处罚，但是上述认定犯罪未遂的司法解释仍然适用于本案。

因为在药品尚未销售的情况下，市场秩序尚未被扰乱，消费者或者病患的利益尚未受到侵犯，行为人也尚未获利，符合刑法总则规定的"已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞"的情形，应当属于犯罪未遂。而且，《刑法》第二百二十五条也没有明确规定在非法经营行为中具有买进、运输、卖出行为之一的，即构成既遂。

第四，被查扣药品的非法经营数额应当认定为278万元。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条规定："制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值，按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的，按照被侵权产品的市场中间价格计算。"可见，已经查清的侵权产品的实际销售平均价格（鉴定价格的10%）可以视为侵权产品的标价。根据《最高人民法院、最高人民

检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第三款的规定,货值金额以违法生产、销售的伪劣产品的标价计算。因此,被查扣药品的非法经营数额应当认定为 278 万元。

从另一个角度来看,假设丁某等人将被扣押的药品全部销售出去,那么按照对外实际销售价约为同类合格产品价格的 10%的事实认定,所有被扣药品的销售价格应该是 278 万余元,加上已经销售的 687 万余元药品,丁某等人非法经营药品的销售金额为 965 万余元。而这个犯罪金额已经是假设丁某等人将所有涉案的非法经营犯罪行为全部完成之后的量刑金额。而一审法院认定包括被查获药品的价值,丁某非法经营药品金额达 3400 余万元,即确定量刑金额为 3400 余万元。如此看来,就会造成所有犯罪行为全部完成的情形反而比没有全部完成的情形量刑更轻的反常现象。

最后,在本案的辩护工作中可以总结的是,辩护律师从案件的特殊性出发,充分发挥有利于被告人的情感因素,以情说法,维法通情,最终取得了较好的辩护效果。

行政法篇





办理停止社会保险缴费手续是否得当

——纪某诉某市社会保险管理服务局劳动和社会保障纠纷一案评析

陈洵熙　郭　芳*

案情简介

原告纪某与第三人某市高速公路管理局于1999年11月签订无固定期限的聘用合同。2000年4月7日，双方签订《托管协议》一份，约定纪某个人联系到其他单位工作，但由于种种原因，不能马上办理调动手续，纪某要求暂将人事关系由该管理局托管，托管期限为一年。一年内纪某必须将其人事关系转出。自协议签订之日起，纪某不管何种原因都不要求该管理局安排其上岗，该管理局也不承担安排纪某回来上岗的义务。托管期间，纪某的工资、奖金及其他的所有福利费用全部停发，纪某的养老金、公积金、失业保险金等社会统筹费用，仍由该管理局帮助代缴，代缴费用由纪某个人承担。2004年2月，某市高速公路管理局委托律师向纪某发出律师函，告知其解除人事托管关系并要求纪某支付代缴的社会统筹费用。2004年4月14日，某市高速公路管理局作出《关于解除纪某人事托管关系的决定》，决定与纪某解除人事托管关系，停交各类代缴的社会统筹保险，并将人事关系转到户口所在地的就业管理服务处。2004年4月20日，某市高速公路管理局向被告某市社会保险管理服务局提交了《某市机关事业单位在职人员花名册(代增减表)》、《关于解除纪某人事托管关系的决定》及纪某的养老保

* 陈洵熙，男，杭州大学法学学士，西南政法大学研究生，主要从事公司重组并购、投资、清算等法律事务，项目法律顾问，政府法律顾问，土地、建筑及房地产事务，民商事、行政及刑事诉讼，浙江六和律师事务所合伙人。

郭芳，女，浙江大学经济法学硕士，主要从事民间借贷、债权债务重组、企业法务管理、项目及合同谈判、公司并购等各类民商事的诉讼、非诉法律业务以及行政、刑事诉讼等法律事务，浙江六和律师事务所专职律师。

险手册,要求停止纪某的社会保险缴费。某市社会保险管理服务局对某市高速公路管理局提交的材料进行审查后,为管理局办理了停止纪某社会保险缴费的手续。2008 年 10 月,纪某提起行政复议申请,要求某市社会保险管理服务局撤销已经办理的“终止缴纳”其社会保险的有关手续,并要求某市高速公路管理局恢复缴纳其各项社会保险。2008 年 12 月,作出行政复议决定,维持了某市社会保险管理服务局的行为。2009 年 1 月 7 日纪某提起行政诉讼,请求法院撤销某市社会保险管理服务局 2004 年受理并已办理的某市高速公路管理局终止缴纳纪某社会保险的有关手续,责令某市社会保险管理服务局通知某市高速公路管理局恢复缴纳纪某的各项社会保险,并为纪某补缴 2004 年至今的各项社会保险。

争议焦点

某市社会保险管理服务局根据第三人某市某管理局提交的材料办理停止纪某社会保险缴费的手续是否得当?

审理判决

一审法院认为:《浙江省职工基本养老保险条例》第六条规定,县级以上劳动保障行政部门所属的社会保险经办机构负责办理职工基本养老保险具体事务。故本案某市社会保险管理服务局具有作出被诉具体行政行为的法定职权。《浙江省职工基本养老保险条例》第十二条规定,用人单位在办理职工基本养老保险后增员或者减员的,应当自增员或者减员之日起三十日内,向社会保险经办机构办理职工增减登记手续。本案中,第三人某市高速公路管理局在作出解除与纪某的人事托管关系的决定后,向某市社会保险管理服务局办理职工增减登记手续,并提交了《某市机关事业单位在职人员花名册(代增减表)》、《关于解除纪某人事托管关系的决定》以及纪某的养老保险手册,某市社会保险管理服务局在对上述材料进行审查后,为第三人某市高速公路管理局办理停止纪某社会保险缴费的手续,符合上述规定。纪某提出的解除人事托管关系的决定无效、纪某和某市高速公路管理局仍存在人事聘用合同关系的理由,涉及纪某和该管理局之间的劳动争议,属于劳动仲裁和民事诉讼的审查范围。某市社会保险管理服务局作为办理职工基本养老保险具体事务的经办机构,在纪某和某市高速公路管理局未就双方之间的劳动争议启动仲裁或诉讼程序的情况下,根据某市高速公路管理局提交的材料办理停止纪某社会保险缴费的手续,并无不当,纪某认为被诉的具体行政行为依据不足的诉讼理由不能成立。综上,依照最高人民法院《关

于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，判决驳回纪某的诉讼请求。

纪某不服一审判决，提起上诉。

二审法院认为，在《关于解除纪某人事托管关系的决定》中反映出，纪某虽曾与某市高速公路管理局签有无固定期限的聘用合同，但后因纪某到其他单位应聘并被录用，纪某与管理局又签订了人事关系托管协议，期限届满后，管理局解除了与纪某的托管协议。据此，某市社会保险管理服务局在为管理局办理停止纪某社会保险缴费手续时，已尽了基本的审查义务。原判认定事实基本清楚，适用法律正确，审判程序合法。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，判决驳回上诉，维持原判。

经典评析

本案的争议焦点是某市社会保险管理服务局根据第三人某市某管理局提交的材料办理停止纪某社会保险缴费的手续是否得当？依据《浙江省职工基本养老保险条例》第六条的规定，某市社会保险管理服务局系基本养老保险的经办机构，负责办理职工基本养老保险的具体事务，因此，具有作出被诉具体行政行为的法定职权。也同时意味着某市社会保险管理服务局对于纪某与某市高速公路管理局的聘用关系是否终止的问题只需要进行形式审查，没有权利也没有义务进行实质审查，也就是说该问题属于劳动争议范围，应当通过劳动仲裁或者民事诉讼程序解决，而不是通过本案的行政诉讼程序解决。

根据《浙江省职工基本养老保险条例》第十二条的规定，用人单位在办理职工基本养老保险后增员或者减员的，应当自增员或者减员之日起三十日内，向社会保险经办机构办理职工增减登记手续。另外，某市机关事业社会保险办公室《关于核定事业单位 1994 年计缴养老金基数等有关统筹事项的通知》（某机社险〔1993〕5 号）第五条规定：“从 1994 年 1 月起，每月的结算表由我办统一开具（原结算表已略作变动，从 1994 年 1 月起改用新结算表），各统筹单位不再填报。但对在职、离退休及遗属人员的情况变动，各单位应及时填报《某市机关事业单位工作人员花名册》、……便于我办及时调整。”《某市机关事业单位养老保险业务问答》第二条规定：“问：参加基本养老金统筹后，单位发生人员增减变动，如何办理养老保险关系手续？答：①在职人员增减变动后，单位经办人应填报《某市机关事业单位在职人员增减名册》，附职工养老保险关系转移表，持增减人员的养老保险手册，及时办理

增减变动手续。"因此,根据以上规定以及某市社会保险管理服务局 2004 年适用的业务操作流程和工作制度,办理参保人员增减须提交《某市机关事业单位在职人员花名册》(代增减表)和建立或解除劳动关系的有关文本两份材料。因此,本案中某市社会保险管理服务局需要履行的审查义务系对某市某管理局提交材料是否完整和正规进行形式审查。



工程建设项目招标投标活动投诉处理中的证据采信问题

——对A监理公司与B省发展和改革委员会投诉处理意见行政复议案的评析

陈姣娣　郭　恒*

案情简介

行政复议申请人:A监理公司

行政复议被申请人:B省发展和改革委员会

行政复议机关:国家发展和改革委员会

2010年5月,C市铁路枢纽配套设施项目工程进行监理招标,A监理公司等数家公司参加了投标,评标委员会推荐A监理公司为第一中标候选人。在中标候选人公示期间,该项目第二中标候选人向B省发展和改革委员会(下称"B省发改委")投诉A监理公司,称A监理公司拟派总监张某至本项目监理投标截止日前仍一直担任D省E市某项目总监理代表,不符合本项目招标文件规定的投标资格条件,应取消其第一中标候选人资格。B省发改委受理后,听取了A监理公司的陈述和申辩,A监理公司提交了《关于调整监理项目部人员的报告》等证据,用以说明其在D省某市项目的监理人员包括此次拟派总监张某已于2008年9月进行了调整,其已不再是D省E市项目的监理人员。为查明该事实,B省发改委向E市相关主管部门进行了调查,相关部门回函明确在省建设工程监理信息系统中登记备案的该项目总监代表目前仍为张某,未曾办理过总监代表的变更登记手续(附D省建设工程监理管理信息系统中E市某项目监理人员登记信息一份)。B

* 陈姣娣,女,浙江大学法学硕士,专业从事房地产、建筑、招投标等领域的法律服务,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。
郭恒,男,兰州大学法学硕士,专业从事房地产、建筑、招投标等领域的法律服务,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

省发改委据E市主管部门的回函以及D省建设工程监理信息系统登记备案信息,认定拟派总监张某仍有监理在建项目,不符合此次招标文件中“拟派项目总监理工程师为注册执业证书在有效期内……且不得有监理在建项目”的规定,据此,B省发改委作出投诉处理意见:招标人应根据调查认定的事实,依据相关的法律、法规、规章和招标文件规定的决标办法,完成后续招标工作。

A监理公司对上述投诉处理意见不服,于2010年7月28日向国家发展和改革委员会(下称“国家发改委”)提起行政复议,要求撤销B省发改委的投诉处理意见。

争议焦点

1.B省发改委认定事实是否不清?A监理公司认为其于2008年9月21日提出的《关于调整监理项目部人员的报告》已征得E市某项目业主同意,张某不再担任该项目总监代表,故张某在本次投标时没有在建工程。B省发改委根据E市规划建设局的回函以及D省建设工程监理信息系统登记备案信息,认为张某仍是在D省建设工程监理信息系统登记备案的E市某项目的总监代表。该争议焦点的核心在于B省发改委是应当采信E市规划建设局的回函以及D省建设工程监理信息系统登记备案信息,还是应当采信A监理公司提交的业主单位同意变更的报告?这也是本案最核心的争议焦点。

2.B省发改委是否越权执法?A监理公司认为即使拟派总监张某未及时办理D省建设工程监理信息系统中的变更备案手续,也应当由当地建设部门处理,不属于B省发改委的处理范围。B省发改委认为根据现有证据不能充分证明A监理公司拟派总监张某于2008年9月在D省E市某项目中已进行了调整,而不是未办理信息系统变更备案手续问题,B省发改委作为本次招投标活动的行政监督部门,根据相关法律法规的规定对投诉事项涉及的相关事实具有调查、认定职权。

3.B省发改委投诉处理程序是否违法?A监理公司认为B省发改委作出投诉处理意见的期限已经超出《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》的规定。B省发改委认为其已经根据《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》的相关规定办理了延长投诉处理期限的手续,程序完全合法。

审理判决

本案在国家发改委主持的行政复议听证过程中,围绕事实认定、程序、

职权等焦点问题，双方进行了充分的辩论和阐述。在行政复议听证之后，2010 年 9 月 21 日，A 监理公司自行撤回了行政复议申请。2010 年 9 月 25 日，国家发改委同意了 A 监理公司自愿撤回的申请，终止了行政复议程序。

经典评析

因承揽工程建设项目竞争日益激烈，为获得中标资格，工程建设项目招标投标活动中的违法违规现象层出不穷。典型的比如企业为多承接工程，在技术人员不足的情况下，一个技术人员参与多个工程的情况数见不鲜，但为符合招标文件对技术人员专职在岗或到位率的要求，投标人往往采取做其他项目业主工作，通过事后补“人员变更报告”等材料，获得其他项目为主同意变更人员，并以将落款的变更时间提前的做法，使其具备参加新项目投标资格条件的目的。为了规范工程建设市场，确保工程施工安全和质量，各地相关主管部门加强了施工过程人员的监督管理，许多地区推出对参与施工管理的人员进行备案登记并对外公示的制度，以尽量杜绝投标人员与实际管理人员分离的现象，及随意变更管理人员的做法。然而由于招投标过程中的违法行为隐蔽性强，且方式复杂多样，因此增加了行政监督机关对违法行为进行有效查处的难度。本文旨在通过对行政机关在其职权范围内依法作出的行为作为证据材料的证明效力问题进行探讨，以期助益于相关行政监督部门对招投标过程中有关违法行为的查处，以维护公平有序的招标投标活动秩序。

在本案中，由于 B 省发改委根据《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》的有关规定办理了延长处理期限的手续，并且根据《B 省招标投标条例》的规定对投诉事项具有充分的处理职权，因此本案的第 2 和第 3 个争议焦点迎刃而解。本案最核心的争议焦点是，B 省发改委是应当采信 E 市规划建设局的回函以及 D 省建设工程监理信息系统登记备案信息，还是应当采信 A 监理公司提交的业主单位同意变更的报告？

A 监理公司认为，由于该公司经办备案的人员对 E 市的办理流程不熟悉而未及时办理备案，但是张某是否担任 E 市某项目的总监代表是其和该项目业主之间的约定，属于私法自治的范畴，且无须备案即可生效。在国家发改委主持的行政复议听证过程中，A 监理公司又提交了几份证据材料，其中包括《建设工程质量监督申报表》用以证明张某不再担任 E 市某项目的总监代表已经告知质量安全监督站，并获得认可。

B 省发改委则认为，A 监理公司提供的《关于调整监理项目部人员的报

告》和《建设工程质量监督申报表》不足以证明总监代表业已发生变更的事实,应当根据E市规划建设局的回函以及D省建设工程监理信息系统登记备案信息认定A监理公司拟派总监张某有监理在建项目。具体理由如下:

第一,A监理公司提供的《关于调整监理项目部人员的报告》和《建设工程质量监督申报表》中关于项目部人员除了总监一致外,其他监理人员的名单大相径庭。因此,这两份证据材料的真实性及其效力是存在严重问题的,并不能也不应当作为该委处理投诉事项的证据来证明总监代表于2008年9月业已发生变更的事实。

第二,A监理公司提供的《建设工程质量监督申报表》来源于业主单位,而《关于调整监理项目部人员的报告》也需征得业主单位同意,这两份证据材料均与业主单位有着密切的联系,而A监理公司与业主单位又存在着业务上的合作关系,在很大程度上具有共同的经济利益。因此,这两份与业主单位有着千丝万缕联系却又对A监理公司有利的证据材料,在没有其他证据进行佐证的情况下,并不能单独证明总监代表已经发生变更的事实。

第三,关于总监代表的变更亦不完全属于私法自治的范畴,而是属于公法与私法相互渗透、相互交融的领域。因为工程项目建设不仅涉及各方当事人的利益,而且关系着社会公共利益和公共安全,因此需要有关的行政机关对其进行适度的监督管理,而备案制度就是有关行政机关实现对工程建设项目实行监督管理的一种手段。E市规划建设局的回函以及D省建设工程监理信息系统登记备案信息可以证明,A监理公司曾根据D省有关规范性文件规定,办理了E市某项目的监理人员信息登记备案,其对相关的监督管理规定应当是知晓的,该公司也不能以不知晓相关规定为由迟延履行相应的法律义务。任何人都不能从其错误行为中获利,由A监理公司承担其因迟延履行备案义务而造成的不利后果也是符合法律精神的。

第四,E市规划建设局的回函以及D省建设工程监理信息系统登记备案信息是具有职权的相关行政部门在其职权范围内作出的行为。行政部门作为追求社会公共利益最大化的国家机关,在其职权范围内依法作出的行为具有社会公信力,其权威性应当得到社会尊重,这也是实现行政法治的题中之义。如果没有其他有力的证据足以否定相关行政部门行为的效力,就应当对其行为的证明效力进行采信,这也符合国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证的证据学原理。在本案中,由于A监理公司提供的上述两份证据材料的内容迥异,并不能够充分证明总监代表发生变更的事实,也不足以推翻E市规划建设局的回函以及D省建设工程

监理信息系统登记备案信息的证明效力。因此，根据回函及备案信息来对相关事实进行认定也是合理合法的。

综上所述，B省发改委全面、客观审查相关证据材料及其相互之间的联系，最终采信E市规划建设局的回函以及D省建设工程监理信息系统登记备案信息，对本案事实进行了认定，并适用《B省招标投标条例》、《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》等法律、法规、规章的规定，作出了处理意见。

在国家发改委主持的行政复议听证过程中，国家发改委充分听取了双方的意见，并就相关问题向双方进行了进一步的询问。听证结束后，A监理公司自行撤回了行政复议申请，这也在一定程度上印证了B省发改委对相关证据采信及处理意见的合法合理性。

结　语

工程建设项目招标投标活动投诉中所涉及的某些证据材料，可能不仅仅属于私法自治的范畴，而且可能属于公法与私法交融的领域，不仅涉及当事人各方的利益，而且可能涉及社会公共利益和公共安全。当相关证据材料之间发生冲突，又无其他证据材料佐证的情况下，我们应当优先采信相关行政机关在其职权范围内依照法定程序作出行为的证明效力。这样不仅有利于激励相关行为人积极主动地履行其法定义务，实现相关监管法律法规的规制目标，而且也有利于相关行政监督部门及时有效地对工程建设项目招标投标活动中的违法违规行为进行有力查处，从而充分发挥法律的惩罚功能和威慑作用，以维护公平有序的招标投标活动秩序。



针对非法“拆危”的维权之路

——一起强制拆迁行政再审案的评述

吕思源　王　成*

案情简介

这是一个“一房两拆公民告官一审二审皆败诉、屡败屡战法院再审柳暗花明正义申”,八年“抗战”终获胜的行政诉讼案件。

(一)奇事一桩,一幢房屋两次被强拆

某系A市C村村民,经政府部门批准取得宅基地,建设房屋两处,有集体土地建设用地使用证,这两处房屋均属于合法建造的农村农民房屋。

2000年,A市组建了B区建设指挥部、B区开发有限公司,负责对B区进行开发建设。

张某的上述房屋并不在B区范围。

2002年8月19日,A市房管局裁决要对张某的房屋进行拆迁,后于2002年10月21日申请法院对申请人强制执行,却又于2003年4月22日向法院申请终止执行。后,法院裁决终止执行,张某的房屋幸免于难,免遭强拆。

后,B区建设指挥部又越俎代庖,于2005年9月5日出面申请对张某的房屋进行安全鉴定,得出“房屋危险已经无法使用必须拆除”结论。这真是“眼睛一眨老母鸡变鸭”,这些1992年建造,仅历时13年,原本好端端的房屋,就这样“被”变成了“危房”!

2005年9月30日,A市房管局作出《关于责令张某限期拆除危房的决定》,通知张某,要求张某自行拆除房屋,逾期将强制拆除。

---

* 吕思源,男,汉族,毕业于浙江师范大学中文系,浙江思源昆仑律师事务所主任,专职律师。
王成,男,汉族,毕业于湖北襄樊财税贸易学校财会专业,任职于浙江思源昆仑律师事务所,专职律师。

2005年10月9日，A市房管局作出《D级危房强制拆除决定书》，通知张某，将在2005年10月16日前实施整体强制拆除。

张某面对这些非法行政行为，选择坚持依法抗争保护自己的合法权益，对于违法拆除通知没有执行。

2005年10月21日，张某的房屋被当做危房强制拆除，好端端的房屋变成一片废墟，一家人辛苦多年积累的财富瞬间化为乌有。

（二）维权路漫漫

2006年2月，张某起诉至一审法院，请求撤销A市房管局作出的《关于责令张某限期拆除危房的决定》、《D级危房强制拆除决定书》。

一审法院审理后认为：《城市危险房屋管理规定》对危房的鉴定申请人并无明确界定，本案第三人B区建设指挥部因维护公共利益的需要申请房屋鉴定，并未违反法律法规的强制性规定，鉴定报告合法有效，被告A市房管局依据该报告作出责令拆除房屋决定、强制拆除房屋决定的具体行政行为并无不当，依法予以维持。

后张某上诉至二审法院。

二审法院认为：危房鉴定结论存在程序瑕疵，但建设指挥部的申请系出于社会公共利益考虑，且张某对危房结论本身并无异议，因此该鉴定结论可以作为A市房管局的具体行政行为的定案依据。判决驳回上诉，维持原判。

2007年，张某就这两个案子提出再审申请。2008年7月、8月，张某接到法院的通知，两个案子的再审申请都被驳回，理由跟二审判决理由基本相同。

虽接连遭受败诉打击，但张某并不气馁，他坚信自己的合法权益一定会得到法律的保护，决定继续走法律途径维护自己的合法权益。

2009年1月，张某慕名委托本所，代理申诉。

我们在仔细阅读了一审、二审案卷，查阅了相关法律法规资料后，精心准备材料，代理张某向法院递交了再审申请书，申请对这两个案子进行再审。

2010年4月22日，法院做出行政裁定：

对本案进行再审；

再审期间中止对原判决的执行。

争议焦点

本案的争议焦点在于：

1. 涉案房屋是农村房屋还是城市房屋?《城市危险房屋管理规定》能否适用于本案?

2. 本案第三人B区建设指挥部不是房屋所有权人，其是否有权代替张某申请进行房屋安全鉴定?其鉴定结论能否作为被告的具体行政行为的证据?

审理判决

2010年8月19日，再审法院判决主要内容为：

《城市危险房屋管理规定》规定，提出危险房屋鉴定申请的当事人仅限于危险房屋的所有人或使用人，特殊情况下才可赋予仲裁或审判机关。本案中，原审被上诉人B区建设指挥部既不是涉案房屋的所有人，也非实际使用人，更非仲裁或审判机关，故由其提出房屋安全鉴定申请，违反了法定程序，A市房屋安全鉴定所据此作出的鉴定报告亦不能视为合法有效的凭据。原审被上诉人A市房产管理局在作出被诉责令拆除决定时，未予审查涉案房屋安全鉴定报告的合法性，径直作出被诉行政行为，属于事实不清、证据不足，应予依法撤销。原一、二审法院判决予以维持不当，应依法予以纠正。

相应地，被诉强拆决定缺乏相应的前置条件和事实依据，亦应依法撤销。原一、二审法院判决予以维持不当，应依法予以纠正。

判决结果为：

撤销一审法院行政判决书；

撤销二审法院行政判决书；

撤销A市房产管理局作出的《关于责令张某限期拆除危房的决定》、《D级危房强制拆除决定书》。

至此，这场历时八年的艰辛维权终于画上了一个圆满的句号，张某的合法权益得到了保护。

经典分析

针对本案的争议焦点，笔者作以下分析：

1. 涉案房屋是农村房屋，不是城市房屋，本案不应该适用《城市危险房屋管理规定》：

在中国，“城市”是和“农村”互相对应的一个概念，“城市”不等于“市”：因为中国存在着非常明显的城市和农村差异，几乎任何一个“市”的行政管辖范围内都是农村和城市建成区并存，所以作为一级行政区划的“市”的行政管辖范围，基本都是远远大于其“城市(建成区)”的范围的。

具体到本案，A市的行政管辖范围内既有城市也有农村。

那么，到底如何才是正确确定“城市”的范围呢？下面根据我国法律中有关“城市”的规定，来分析什么地域范围属于“城市”范围。

根据《中华人民共和国宪法》第十条和第一百一十一条、《中华人民共和国村民委员会组织法》第一条和第二条、《中华人民共和国城市居民委员会组织法》第一条和第二条、《中华人民共和国城市规划法》第三条、《中华人民共和国城市房地产管理法》第二条、《城市房屋拆迁管理条例》第二条、《城市危险房屋管理规定》第二条等等规定，在中国所谓的“城市”和“农村”，实行的是两套完全不同的法律制度安排，有着不同的户籍身份、土地性质、居民自治组织，即只有同时符合以下几个条件的地域范围才是属于“城市建成区”的范围，即习惯所说的“市区”、“城市”范围：

A. 属于城市规划区范围；

B. 土地是国有土地性质；

C. 居民是城市户籍；

D. 居民的自治组织是“城市居民委员会”。

但本案中再审申请人张某的相关情况是：

申请人所居住的房屋所在的土地属于C村农村集体所有土地；

申请人是C村村民，属于农村农民户籍；

申请人所属的自治组织是“C村村民委员会”。

所以很明显，张某并非城市居民，其房屋是建在农村集体土地上的农村房屋，其居住地域并非城市范围，其房屋根本不是城市房屋，自然其房屋也就不属于《城市危险房屋管理办法》的调整管辖范围。A市房管局引用该规章强制拆除张某的房屋属于适用法律错误、超越职权，应该予以纠正。

2. 政府必须在法律的授权范围内依法行政，即“法无明确授权不得为”；凡是超出法律授权范围行政则都是非法行政行为，即“越权皆非法”。

本案第三人B区建设指挥部不是房屋所有权人，其无权代替张某申请进行房屋安全鉴定，其行为违反了《城市危险房屋管理办法》，所以是非法的，不能作为本案定案证据。

所以综合来讲，在本案中A市房管局、B区建设指挥部的行为是非法

的,A 市房管局的具体行政行为应该依法予以撤销。

本案的核心难点难在"民告官":

申诉难,难申诉,特别是行政申诉案,虽然有了《行政诉讼法》,但"民告官"的难度仍然很大。本案胜诉经典,是三方努力破"死棋":

其一,当事人坚信法律不信邪,屡败屡战,坚定不移;

其二,律师找准了法律点,紧紧抓住牛鼻子,准确指出本案具体行政行为的非法性;

其三,国家法治进步,法官敬畏法律、不畏权势、依法断案。



违章建筑行政处罚方式变更

——邵某诉某县规划局规划行政处罚争议案评析

麻 侃 毛洪辉*

案情简介

邵某与邵氏兄弟相邻，素有隙。2009 年 5 月，邵氏兄弟二人在联建房屋过程中，涉嫌违法侵用了其与邵某相邻的公共消防通道，利用公共消防安全间距建造楼梯。于是邵某多次举报，但当地县规划局作出要求拆除的决定，但未能有效执行，邵氏兄弟于 2009 年 11 月份竟最终建成房屋。

邵某因规划局不履行法定职责为由申请行政复议，经复议审查得知，规划局对邵氏兄弟已作出了行政处罚决定，对其违章建筑予以没收，并由其事后回购。且该县人民政府行政复议决定维持了规划局的前述行政处罚决定。

本所接受邵某委托，并指派作者律师经办本案。经分析论证后，经办律师建议起诉要求撤销规划局作出的没收违章建筑的行政处罚决定，并要求判令规划局重新作出行政处罚决定，以期达到拆除违章建筑维护邵某相邻权益的目的。

经诉讼程序，经办律师充分阐述了法律意见，该县规划局自行纠正了行政处罚决定，邵某自愿撤诉，本案达到了较理想的处理结果。

笔者将在本文中分析此类规划行政处罚案件的常见问题，希望对广大同仁办理类似案件有所助益，并供检讨指正，以期共同提高。

* 麻侃，浙江泽大律师事务所专职律师，专业方向：行政法、公司法。
毛洪辉，浙江泽大律师事务所专职律师，专业从事行政诉讼、政府法律顾问等。

案例评析

一、行政处罚应过罚相当,并顾及社会效应

过罚相当是行政处罚的重要原则。本案中,邵氏兄弟违建程度严重,其合法审批的占地面积是240平方米,建筑面积960平方米。但实际建筑面积却达1776.03平方米,违反规划建筑面积超816.03平方米,将近一倍。违反规划占地面积超65平方米,也将近三分之一。另外,其房屋与邵某的房屋之间的规划间距是3.5米,现邵氏兄弟移位占用此间距搭建了室外楼梯,也违反规划许可规定的条件,显然影响了利害关系人的卫生、消防、防盗等合法权益。

邵氏兄弟在建造涉案房屋之初的2009年5月8日邵某即向县规划局等职能部门举报其违反规划施工的情况,规划局调查后于2009年5月12日发出了停工整改通知,嗣后于2009年7月7日作出了行政处罚决定,认为邵氏兄弟的行为违反了规划许可条件决定予以拆除,邵氏兄弟不但不自行拆除违法建筑,反而继续抢建违法建筑。规划局也曾多次通知其自行拆除,但邵氏兄弟均置若罔闻。规划局于2009年10月向县拆违办提出要求强制拆除的报告,但未等县拆违办回复,规划局又于2010年1月12日作出了撤销拆除处罚决定的告知书,三天后的1月15日又作出了没收的行政处罚决定,随后又允许邵氏兄弟进行回购,试图通过回购形式将该违法建筑合法化。规划局执法尺度的调整背离了过罚相当的原则。

邵氏兄弟的严重违法甚至抗法行为,却获得了违章建筑合法化的最终获益结果,社会影响恶劣,势必对政府的公信力产生不利影响。

二、关于处罚决定形式合法性

规划局针对一处规范违法建筑作出了两份相同的处罚决定,其形式值得商榷。本案涉案房屋虽以邵氏兄弟两人申请并建造,实际系其中一人在申请并实际建造,另一人系没有自理能力只是名义上的申请人和建造人,而且该房屋系联建房无法明确区分两个违建人的违法份额,应以一个处罚决定、两个受处罚人的形式作出,而不应以两个处罚决定的形式作出。

本案在处罚告知时规划局以一个告知通知两个被告知人的形式是对,但在正式作处罚决定时,规划局却对同一违法行为作出两个没收处罚决定系形式违法。一个告知和两个处罚决定本身就矛盾。

三、关于处罚决定的事实认定

认定案件事实，是处罚的基础。规划局提供的调查询问笔录证实，根据用地审批文件和规划文件邵氏兄弟合法的占地面积是 240 平方米，建筑面积 960 平方米。实际建筑面积是 1776.03 平方米，违反规划建筑面积超 816.03 平方米，违反规划占地面积超 65 平方米。另外，其房屋与原告方房屋之间规划间距是 3.5 米，现邵氏兄弟移位占用此间距搭建了室外楼梯，也违反规划许可的条件。规划局的没收决定只是认定超建筑面积一项违法，而没说明其他两个方面即占地面积违法和规划间距违法的情况。

规划局在调查询问笔录认定邵氏兄弟超建筑面积共计 816.03 平方米，而两个处罚决定中认定的邵氏兄弟超建筑面积共计 809.6 平方米，两个认定差距 6.43 平方米，规划局提供的证据中既没有 816.03 平方米实际测绘报告，也没有 809.6 平方米的测绘报告，更没有关于为什么会出现 6.43 平方米面积差的解释。因此，规划局在两个没收处罚决定中认定的超建筑面积没有事实根据，而且也看不出其没收决定认定的超建筑面积部分是否包含了室外楼梯的建筑面积，属于认定事实不清。

此外，邵氏兄弟的房屋是联建的，楼梯又是双方共建共用的，根本无法区别各自的违法面积分别是多少。规划局竟分别认定一人违法 364.8 平方米，另一个人违法 444.8 平方米，并没有合理依据，也属于认定事实不清。

四、变更行政处罚应有“法定事由”

国务院《全面推进依法行政实施纲要》(以下简称《纲要》)对依法行政和行政诉讼有重大意义，应引起充分重视。行政机关的行政行为作出后不得任意进行变更，根据《纲要》第五条第五项规定：“非因法定事由并经法定程序，行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定；因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要撤回或者变更行政决定的，应当依照法定权限和程序进行，并对行政管理相对人因此而受到的财产损失依法予以补偿。”

本案中，规划局已于 2009 年 7 月 7 日作出了行政处罚决定书，认为邵氏兄弟超面积建房的行为违反了规划许可条件，决定予以拆除，该处罚决定在强制执行过程中。2010 年 1 月 12 日，规划局没有正当理由和正当程序作出了撤销拆除决定的告知书，三天后的 1 月 15 日又作出了没收的处罚决定，随后又允许邵氏兄弟通过回购形式试图将该违法建筑合法化。《拆除决定书》一经送达，即具有法律效力，规划局虽系《拆除决定书》的作出机关，但

非因法定事由并经法定程序,行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定。

规划局作出拆除决定后,邵氏兄弟没有停工,也没有自动拆除违法建筑,反而继续抢建,违法的情况只是更严重而已,并没发生实质性的变化、没有出现需要撤销原拆除决定的事由,规划局撤销原拆除处罚决定重新作出没收处罚的理由不足。

五、关于证据质证

行政诉讼举证责任倒置,对行政机关提供的据以作出具体行政行为的证据和依据的审查,是庭审工作的核心内容。根据《城乡规划法》第 64 条规定,未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的规划部门才可以向违法行为人作出处罚决定。本案中,规划局原作出的拆除处罚决定和给邵某的信访答复及行政复议过程都说明有规划许可,而且规划局已向邵氏兄弟发放规划许可证,只是邵氏兄弟未按照建设工程规划许可证的规定进行建设,规划局在行政诉讼中应向法院提供已作出的规划许可证,但规划局却没有向法院提供。因此,规划局按照《城乡规划法》第 64 条作出没收处罚决定的事实证据不足。

从规划局向法院提供的证据看,该局是根据农民建房用地审批文件作出没收处罚决定,该建房用地审批文件并不是规划部门的规划许可文件,不能作为规划局作出没收处罚决定的证据。如果规划局认为邵氏兄弟确实违反建房用地审批文件规定,那么也应该由国土部门来作出处罚决定,否则处罚主体错误,建房用地审批文件并没有规划部门参与,违反建房用地审批文件不能由规划局来处罚。

六、关于法律适用

规划局在处罚决定书中引用《城乡规划法》第 40 条认为邵氏兄弟应办理规划许可证而没有办理应受处罚。但本案中邵氏兄弟已经向被告申领了规划许可证,不存在未取得建设工程规划许可证的情形。根据本案事实,邵氏兄弟系违反了该法第 43 条,即"建设单位应当按照规划条件进行建设;确需变更的,必须向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出申请。"规划局应引用的是第 43 条。

规划局在处罚决定书中又引用《城乡规划法》第 64 条认为邵氏兄弟的情况属于"不能拆除的",我们认为此处"不能拆除的"特指在县级以上地方

人民政府城乡规划主管部门作出责令停止建设决定时，已经形成的不能拆除的违法建筑，并不包括在县级以上地方人民政府城乡规划主管部门作出责令停止建设决定后，不停止施工、继续违法抢建而建成的违法建筑。而且该建筑不拆除不影响城市总体规划也不影响第三人合法权益的这种个情形。并不是指任何违法建筑只要完工就属于不能拆除的或者影响违法人本人利益的也是不能拆除。本案中，规划局自从 2009 年 7 月作出拆除决定后一直是主张拆除的，甚至邵氏兄弟违法建筑已经完工的 2010 年 11 月 2 日给县信访局的答复函中也还是主张拆除的，只在 2009 年 12 月 30 日县委、县政府的整治违法建筑文件(县委〔2009〕54 号)出来之后的 2010 年 1 月改变主张同意没收后回购。但事实上该县委文件对于本案不适用，具体理由在后一条中陈述。

规划局应按《城乡规划法》第 68 条“城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施。”和浙江省实施《中华人民共和国城市规划法》办法第 48 条“违反城市规划的单位或个人，在接到县级以上人民政府城市规划行政主管部门关于责令停止建设的通知后，应当立即停止建设；施工单位应当立即停止施工。继续违法建设或施工的，作出责令停止建设决定的机关有权予以制止，并拆除继续违法建设部分的建筑物、构筑物和其他设施。”规定拆除邵氏兄弟继续抢建的违法建筑。事实上，规划局就是在 2009 年 7 月 7 日作出拆除决定后，邵氏兄弟逾期不拆除，在 60 日复议期和 3 个月起诉期内没有提起复议和诉讼情况下，依照《城乡规划法》第 68 条的规定，于 2009 年 10 月 10 日向县政府拆违办提出了要求组织强制拆除的报告，等待县政府拆违办责成有关部门采取强制拆除的过程中，擅自改变了拆除决定。

七、一般规范性文件的适用问题

县委〔2009〕54 号文件系该县委、县政府作出的规范性文件，其适用范围有限制。

1. 根据《行政诉讼法》规定，法院审理行政诉讼案件以法律和行政法规、地方性法规为依据，参照部委、省一级政府和较大市政府制定的规章，不适用政府部门发布的一般的规范性文件。规划局提出其没收处罚决定的其中依据之一是该县县委和县政府发布的县委〔2009〕54 号文件，该文件只是县级政府制定、发布的一般的规范性文件，人民法院审理行政案件不适用该

规范性文件,不受该文件影响。

2. 根据“法不溯及既往原则”,法律只能对法律制定实施之后的行为进行规范和调整,而不能对制定实施之前的行为进行规范和调整。如果被告认为要适用该县委文件,那么也应遵循“法不溯及既往原则”。本案中,邵氏兄弟的违法建房行为发生在 2009 年 5 月到 10 月,该县委文件发布时间为 2009 年 12 月 30 日,按“法不溯及既往原则”,该县委文件不应适用于邵氏兄弟的违法建房案件。

3. 在前述观点的基础上,经办人进一步对该规范性文件本身进行了条款细读,分析它的适用范围和指导性的执法标准。

八、常见的程序违法

1. 本案中,规划局实际上作出了两个处罚决定,但该局向法院提供的证据表明只有一个立案程序,一个立案程序不能作出两个处罚决定,规划局的立案程序违法。

2. 规划局在调查笔录中认定超规划面积 816.03 平方米,在两个没收处罚决定中认为超规划面积 809.6 平方米,两个面积均没有合法来源,更没有存在面积差异的合理解释,没有测绘部门的测绘报告,属于事实认定中的程序违法。

3. 规划局于 2009 年 7 月作出拆除处罚决定,邵某一直督促规划局及时履行强制拆除义务,规划局也答应将邵氏兄弟违法建筑予以强制拆除。2010 年 1 月,规划局突然作出了撤销拆除处罚并作出没收处罚决定,未听取邵某等利害关系人的意见,而邵某作为该拆除处罚决定的利害关系人有权利发表对该拆除决定是否应被撤销的意见。规划局没有听取利害关系的意见就直接作出撤销决定并变更成没收处罚决定,违反了国务院《全面推进依法行政实施纲要》中有关正当程序规定,该文件第五条第三项要求“行政机关实施行政管理,除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私的外,应当公开,注意听取公民、法人和其他组织的意见;要严格遵循法定程序,依法保障行政管理相对人、利害关系人的知情权、参与权和救济权”。

4. 规划局于 2010 年 1 月 12 日给邵氏兄弟的没收处罚告知中明确规定收到告知书后的 3 日内有权提出举行听证,但该局又在提出听证权利时间界限未满的 1 月 15 日即作出没收的处罚决定,也属程序违法。

公司与证券篇





非本人签字的股权转让合同效力的认定

——陈A诉麻某、张A、张B、浙江某制造有限公司股权转让合同纠纷一案评析

陈洵熙　郭　芳*

案情简介

浙江某制造有限公司原名A市某厂，成立于1996年7月17日，1999年1月5日变更为A市某制造有限公司，2004年1月16日变更为浙江某制造有限公司。2003年9月23日之前，公司注册股东由麻某、张A、张B组成，其中麻某出资额60万元，占公司50%股份，张A出资30万元，占公司25%的股份，张B出资30万元，占公司25%的股份。2003年9月23日，麻某、张A、张B与杨A、杨B、陈A、陈B签订股份转让及增资协议，其中载明麻某自愿将其股份的55%计人民币33万元转让给其丈夫杨A，另将股份的20%计人民币12万元转让给其子杨B，股份的12.5%计人民币7.5万元转让给陈A，股份的12.5%计人民币7.5万元转让给陈B，同时载明公司注册资本由120万元增至800万元，其中陈A新投入股份计人民币42.5万元，总计50万元，占公司股份的6.25%。同日，A市某制造有限公司召开股东会，通过章程修正案、股份转让及增资协议，载明公司由张A、张B、杨A、杨B、陈A、陈B共同组建。2003年10月9日，该公司委托某会计师事务所对各股东缴纳的资金情况进行验资，出具验资报告及验资事项说明，并经工商局行政管理部门登记备案。2005年1月10日，麻某与杨A签

* 陈洵熙，男，杭州大学法学学士，西南政法大学研究生，浙江六和律师事务所合伙人。主要从事公司重组并购、投资、清算等法律事务，项目法律顾问，政府法律顾问，土地、建筑及房地产事务，民商事、行政及刑事诉讼。

郭芳，女，浙江大学经济法学硕士，浙江六和律师事务所专职律师。主要从事民间借贷、债权债务重组、企业法务管理、项目及合同谈判、公司并购等各类民商事的诉讼、非诉法律业务以及行政、刑事诉讼等法律事务。

订股权转让合同，载明杨A将其拥有的27.5%股权转让给麻某。同月12日，麻某作为受让人签订的股权转让合同载明：杨B将其持有的公司10%的股权以出资额80万元转让给麻某，陈A将其持有的6.25%股权以出资额50万元转让给麻某，陈B将其持有的6.25%股权以出资额50万元转让给麻某，麻某同意在合同订立十五日内以现金形式一次性支付上述各方所转让的股权。陈A未在该合同上签字。同日，浙江某制造有限公司在陈A未到场签字情况下，以股东会决议形式同意上述股权转让内容，对公司章程作了相应修正，载明公司由麻某、张A、张B共同投资组建，其中麻某出资400万元占50%，张A出资200万元占25%，张B出资200万元占25%。同日，浙江某制造有限公司委托陈B通过工商行政管理部门进行股权变更登记，变更后的股东为麻某、张A、张B。股权变更登记后，浙江某制造有限公司曾于2006年12月9日召开全体股东会议，商讨2007年企业发展大事，陈A作为应邀股东到会参加。2007年4月21日，各股东之间产生矛盾后，浙江某制造有限公司任命陈A担任总经理。后又因双方之间产生矛盾，陈A离开公司。2009年6月11日陈A提起诉讼，请求法院判决落款日期为2005年1月12日的股权转让合同中有关陈A与麻某之间的股权转让条款不成立、未生效；确认陈A拥有浙江某制造有限公司6.25%的股权；判令麻某、张A、张B、浙江某制造有限公司在判决生效后三日内共同办理陈A拥有浙江某制造有限公司6.25%股权的变更登记手续。审理中，法院根据陈A的申请，委托某司法鉴定所对2003年1月12日的股权转让协议书及股东会决议上的“陈A”的签名是否为其本人所写进行鉴定，该所出具的司法鉴定意见书载明该签名均不是陈A本人所写。

争议焦点

1. 股权转让合同中有关陈A与麻某之间股权转让条款是否成立、是否生效；

2. 本案是否已经超过诉讼时效；

3. 张A、张B是否是本案的适格被告；

4. 判令麻某、张A、张B、浙江某制造有限公司在判决生效后共同办理陈A股权的变更登记手续是否属于本案审理范围；

5. 陈A是否是浙江某制造有限公司股东。

审理判决

一审法院认为：《中华人民共和国合同法》第二条规定：“本法所称合同

是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设定、变更、终止民事权利义务关系的协议。”当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或盖章时合同成立。当事人如未就合同的主要条款达成合意，应当视为合同不成立、未生效，对双方当事人而言不具有约束力。本案中，陈A自2003年9月23日经工商变更登记为股东，依法取得股东的法律地位。现已查明，本案涉及股东重大利益的股权转让合同、股东会决议中的“陈A”的签名不是陈A所签，亦未经其追认，麻某亦无证据证实系陈A委托他人所签，故股权转让合同中有关陈A与麻某之间的合意行为，对陈A没有约束力，陈A仍享有变更登记前的公司股份，故陈A要求确认该股权转让合同未成立、不生效，确认其拥有公司6.25%股份，合理合法予以支持。麻某辩称陈A在陈B 2005年1月12日受公司委托办理股权变更登记之初就应当知道股权转让情况，因陈B本身系公司职员，与麻某也是亲戚关系，况且2006年12月9日，其仍以股东身份参加股东会议，故不能必然推定其已告知陈A股权转让事项。麻某辩称其作为注册股东曾为陈A在浙江某制造有限公司从事销售工作提供担保，担保书上明确写明注册股东为三名即麻某、张A、张B，陈A对自己不是注册股东的事实应该早在2007年4月4日就已经知道或应当知道，因麻某未支付对价，该证据不能推定陈A必然知道其股权于2005年1月12日以50万元被麻某受让占有的事实，故对麻某该项主张不予采信。麻某提出上述两项主张的目的是为了证明陈A的起诉已超过诉讼时效，因本案性质属于确认之诉，确认之诉并非诉讼时效的客体。通说认为，诉讼时效的客体限于请求权，主要适用于给付之诉，确认合同不成立类似于形成权，不适用诉讼时效规定，且民事行为的不成立自始不成立，民事行为的无效则自始无效，时间的经过不能改变合同不成立、未生效的事实或合同无效的法律性质，故麻某及浙江某制造有限公司关于陈A起诉已超过诉讼时效的主张，不予支持。麻某辩称张A、张B不是股权转让合同相对人，作为被告主体不适格，因陈A第三项诉讼请求中要求以上两被告共同办理陈A的股权变更登记手续，故两被告应当是适格被告，麻某、浙江某制造有限公司的该项主张不予采纳。麻某又辩称陈A第三项诉讼请求属于执行阶段事项，不应属于本案审理范畴，因本案已确认陈A依法享有公司6.25%的股权，为其恢复变更登记之前的股权，本案各被告负有共同办理股权变更登记所需的有关手续的附随义务，故对陈A的该项诉讼请求合理部分予以支持，麻某的该项主张理由不足，不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第二条、第四条、第八条、第三十二条、第四十四条以及《中华人

民共和国民法通则》第五条之规定，判决确认落款日期为2005年1月12日，股权转让合同中有关陈A与麻某之间股权转让条款不成立、未生效；确认陈A享有浙江某制造有限公司6.25%的股权；浙江某制造有限公司、麻某、张A、张B在判决发生法律效力之日起十五日内为陈A共同办理其享有的公司6.25%股权变更登记需要的有关手续。

麻某不服一审判决，提起上诉。

二审法院认为：麻某对陈A 2003年9月23日经工商变更登记为浙江某制造有限公司股东没有异议，只是认为陈A没有实际出资和恢复2003年股权的原状。本院作如下分析：1. 麻某对陈A一审提供的2003年9月23日公司章程修正案、工商登记情况、2003年12月20日的章程(章程修正案)的真实性没有异议，且张A、张B认可陈A的股东身份，可以证明陈A是经过工商登记的占有浙江某制造有限公司6.25%股份的股东。麻某、陈A、张A、张B及其他股东的出资方式均相同，该出资是否实际缴入公司，属股东出资纠纷范畴，并不影响本案对陈A具有浙江某制造有限公司股东资格的认定。对于未实际出资的股东，公司或其他股东可就此另行主张权利，要求其承担补充出资的民事责任。2. 取得浙江某制造有限公司股权后，陈A即享有股东的相关权利，依法受到法律保护。根据杭州某司法鉴定所出具的司法鉴定意见书，2005年1月12日的股权转让协议书及股东会决议上“陈A”的签名均不是陈A本人所写，麻某没有提供相关证据证明陈A事后追认或委托他人所签，故该股权转让合同中涉及陈A股权转让内容对其没有约束力，原审法院据此认为陈A仍享有变更登记前的公司股份并无不当。麻某以恢复2003年股权的原状为由，擅自占有陈A的股权，显然侵害了陈A的合法权利，应承担返还股权、恢复股权的民事责任。3. 诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算，麻某也没有证据证明本案诉讼已经超过诉讼时效期间，故麻某关于陈A起诉已超过时效期间的抗辩理由不成立。综上，麻某的上诉理由不能成立。原审判决认定事实清楚，程序合法，实体处理并无不当，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项的规定，判决驳回上诉，维持原判。

经典评析

关于争议焦点一：股权转让合同中有关陈A与麻某之间股权转让条款是否成立、是否生效的问题。

所谓合同的不成立是指当事人未就合同的主要条款未达成合意，如未

作出承诺，或未就法定的必须采取书面形式的合同达成书面的协议。我国《民法通则》第八十五条规定："合同是当事人之间设定、变更、终止民事权利义务关系的协议。"由此可见，合同本质上是一种合意，合同的成立意味着各方当事人的意思表示一致，即合同是由双方或多方之间发生的法律行为，单方法律行为不能构成合同。这就意味着，成立一份合同，其主体必须是由两个或两个以上，其意思表示必须一致合意。合同订立的过程就是当事人双方使其意思表示趋于一致的过程，这一过程在《合同法》中规定为要约、承诺。按照我国《合同法》第二十一条"承诺是受要约人同意要约的意思表示"；第二十五条"承诺生效时合同成立"；第二十六条第一款"承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效"；第三十二条"当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立"的规定。本案中，2005 年 1 月 12 日的《股权转让合同》不是陈 A 本人签署，也未授权他人签署，也未追认该签名的效力，陈 A 并未作出过承诺。因此，该《股权转让合同》有关陈 A 与麻某之间股权转让的内容，不是陈 A 的真实意思表示，仅仅是麻某单方意思表示，是一个不具备成立条件的民事行为，涉诉股权转让合同并未成立。

合同的成立是第一步，合同的生效是第二步。可以这样说，合同的成立是合同生效的逻辑前提。如果合同不成立，就谈不上合同生效、无效、撤销、效力待定的问题。因此，陈 A 要求确认该行为不成立既符合客观事实，也符合《中华人民共和国合同法》等相关法律的规定。

关于争议焦点二：本案是否已经超过诉讼时效的问题。

首先，该案系确认之诉，不存在超过诉讼时效问题。

从理论上讲，无效民事行为或不成立民事行为的确认权属于形成权，而形成权不属诉讼时效的客体。对此，《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条有明确规定："当事人可以对债权请求权提出时效抗辩"。民事行为不成立或民事行为无效系确认之诉，民事行为不成立自始不成立，民事行为无效则自始无效，不会因为超过一定期限而成立生效或生效。因此，当事人有权在任何时候请求法院或仲裁机构确认民事行为无效或者不成立。一审判决也认为："通说认为，诉讼时效的客体限于请求权，主要适用于给付之诉，确认合同不成立类似于形成权，不适用诉讼时效规定，且民事行为的不成立自始不成立，民事行为的无效则自始无效，时间的经过不能改变合同不成立、未生效的事实或合同无效的法律性质。"

其次,退一步说,即使存在超时效问题,陈 A 起诉也没有超过诉讼时效。依据我国《民法通则》的相关规定,诉讼时效的起算期间从权利人知道或应当知道权利被侵害时起计算。陈 A 于 2009 年 4 月才知道自己的股权被非法转让给了麻某,距离陈 A 起诉的时间才两个月。因此,本案并未超过诉讼时效。

关于争议焦点三:张 A、张 B 是否是本案的适格被告问题。

第一,2005 年,麻某在办理将陈 A 股份变更为麻某所有的过程中,张 A、张 B 签署了相关文件。对办理相关的工商变更登记手续,张 A、张 B 起到了协助作用。

第二,将讼争的股份重新变更为陈 A 所有的工商变更登记手续必须得到张 A、张 B 配合才能完成。这是公司法及相关规定确定的股东应当承担的责任。在本案中,也是对 2005 年办理将陈 A 股份变更为麻某所有的工商变更登记手续、张 A、张 B 起到了协助作用的补救。

关于争议焦点四:判令麻某、张 A、张 B、浙江某制造有限公司在判决生效后共同办理陈 A 股权的变更登记手续是否属于本案审理范围的问题。

本项诉讼请求所表述的内容系各被告应当承担的法律义务。本案系股权转让合同纠纷,之所以 2005 年能够办理将陈 A 股份变更为第一被告所有的工商变更登记手续,就是基于麻某、张 A、张 B、浙江某制造有限公司的行为,而纠正这一后果需要本案麻某、张 A、张 B、浙江某制造有限公司共同履行才能完成。也就是说,按照民法通则及合同法的相关规定,是麻某、张 A、张 B、浙江某制造有限公司应当承担的法律义务,也是麻某、张 A、张 B、浙江某制造有限公司对自己错误行为的一种纠正,而不是对执行问题的审理。其实,民事案件中不存在纯执行问题,没有判决,哪来执行?因此,该项诉讼请求符合法律规定。

关于争议焦点五:陈 A 是否是浙江某制造有限公司股东的问题。

浙江某制造有限公司股东构成具有特殊性。2003 年 9 月公司增资扩股前,陈 A 系公司隐名股东,其股份份额挂在麻某名下,出资额为人民币 7.5 万元,出资比例为 6.25%。证明该事实的依据有:股东张 A、张 B 的陈述;2003 年 9 月公司增资扩股时的章程修正案、修改后的章程、验资报告等。

另外,挂在麻某名下的隐名股东还有陈 B、杨 B。2003 年增资扩股时麻某将股份转让给三名隐名股东也印证了该事实。

为了发展需要,经全体股东同意,于 2003 年 9 月决定新增注册资本

680 万元。陈 A 按期足额缴纳了新增注册资本 42.5 万元，并恢复成为显名股东。经某会计师事务所审验，于 2003 年 10 月 9 日出具了《验资报告》，证明陈 A 已经出资到位。增资后陈 A 全部出资额为 50 万元，占公司注册资本的 6.25%。2003 年 12 月 20 日，公司作出《浙江某制造有限公司章程(章程修正案)》，确认了以上事实。并且，该事实张 A、张 B 都是认可的。2006 年 12 月 9 日，股东会会议记录和签到单证明陈 A 等人就是股东，并且大家认为陈 A 等人仍是股东。增资扩股出资额是增加了，但股份结构和比例仍未改变。陈 A 在隐名时、显名后、增资扩股前后所占股份比例均为 6.25%。麻某、张 A、张 B 同样按原来的股份比例增资。股东所占资本和数额应当认定为个人出资，出资方式合法与否，不属于本案审理范围和争议焦点。该出资是否实际缴入公司，属股东出资纠纷范畴，并不影响本案对陈 A 具有浙江某制造有限公司股东资格的认定。

公司股东未履行清算义务是否需对公司债务承担连带清偿责任

——××环氧有限公司诉××铜箔板有限公司及其股东买卖合同纠纷案评析

姜丛华　姜建林　左　斌*

案情简介

原告(被上诉人):无锡××环氧有限公司

被告(上诉人):浙江省××开发公司

被告(上诉人):××医药科技有限公司

被告(原审被告):××铜箔板有限公司

被告(原审被告):浙江××实业公司

被告(原审被告):南阳××集团有限责任公司

被告(原审被告):河南××信息产业股份有限公司

原告无锡××环氧有限公司自1999年起与被告××铜箔板有限公司发生业务往来,并于2003年3月双方签订了《购销合同》2份,由原告无锡××环氧有限公司向被告××铜箔板有限公司提供环氧树脂等产品。经双方对账截止到2003年4月30日,被告××铜箔板有限公司欠原告货款3328452.2元。原告无锡××环氧有限公司于2003年6月25日,向法院起诉已到期应付的货款1252009.2元。原审法院以第××号民事判决书判

* 姜丛华,男,上海市锦天城律师事务所杭州分所高级合伙人,毕业于吉林大学,专业从事建筑房地产、金融证券、企业上市等领域。
姜建林,男,上海市锦天城律师事务所杭州分所合伙人,毕业于吉林大学,专业从事建筑房地产等领域。
左斌,男,上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师,毕业于吉林大学,专业从事建筑房地产等领域。

决支持原告的诉讼请求。该判决生效后，原告于2003年9月6日申请法院执行，但因执行过程中未发现被告××铜箔板有限公司有可供执行的财产，原告无锡××环氧有限公司又于2004年5月11日申请中止执行。

2005年11月，××铜箔板有限公司因未按时参加年检，被工商行政管理局吊销营业执照。被吊销营业执照以后，××铜箔板有限公司的股东即河南××信息产业股份有限公司、浙江××实业公司、浙江省××开发公司、南阳××集团有限责任公司未依法组织清算。

2009年6月10日，无锡××环氧有限公司再次起诉，要求：1. 被告××铜箔板有限公司支付剩余欠款2071035元及利息损失；2. 被告××医药科技有限公司、被告河南××信息产业股份有限公司、被告浙江××实业公司、被告浙江省××开发公司对被告××铜箔板有限公司虚假出资，应在虚假出资范围内对被告××铜箔板有限公司的上述欠款承担赔偿责任；3. 因被告××铜箔板有限公司于2005年11月被吊销营业执照，被告河南××信息产业股份有限公司、被告浙江××实业公司、被告浙江省××开发公司、被告南阳××集团有限责任公司未能及时履行清算义务，应对被告××铜箔板有限公司的上述欠款承担赔偿责任。

案件经一审法院判决后，被告××医药科技有限公司、浙江省××开发公司均不服，上诉于二审法院，二审法院依法作出了改判。

争议焦点

本案的争议焦点主要是：1. 原告无锡××环氧有限公司主张的债权是否超过诉讼时效；2. ××医药科技有限公司于1992年、1996年对被告××铜箔板有限公司增资时的出资是否到位；3. 被告××铜箔板有限公司的股东未依法组织清算是否导致××铜箔板有限公司资产流失，并对无锡××环氧有限公司的债权造成损失。

审理判决

本案经一审法院审理认为，原告无锡××环氧有限公司与被告××铜箔板有限公司间的买卖合同合法有效，被告未依约付款，系违约方，故对原告无锡××环氧有限公司要求被告××铜箔板有限公司支付所欠价款2071035元及利息损失的主张予以支持。被告××医药科技有限公司在1992年对被告××铜箔板有限公司增资74.043万美元及1996年增资中的135万美元不实，该增资不实部分已超过本案诉讼标的额，故应对被告××铜箔板有限公司不能清偿的上述债务部分承担清偿责任。被告××铜箔

板有限公司被工商行政管理部门吊销营业执照后，其股东被告河南××信息产业股份有限公司、被告浙江××实业公司、被告浙江省××开发公司、被告南阳××集团有限责任公司作为清算义务人，未能及时履行清算义务，应对被告××铜箔板有限公司不能清偿的债务承担清偿责任。被告××铜箔板有限公司和浙江××实业公司经本院传票传唤无正当理由，未到庭参加诉讼，亦未提交答辩意见，因此产生的法律责任由其自行承担。依据《中华人民共和国合同法》第一百零六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、最高人民法院《关于〈适用中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第十八条的规定，判决如下：

一、被告××铜箔板有限公司于本判决生效后立即给付原告无锡××环氧有限公司2071035元并赔偿利息损失。

二、被告××医药科技有限公司对被告××铜箔板有限公司不能清偿的第一项债务部分承担连带清偿责任。

三、被告河南××信息产业股份有限公司、被告浙江××实业公司、被告浙江省××开发公司、被告南阳××集团有限责任公司对被告××铜箔板有限公司不能清偿的第一项债务部分承担连带清偿责任。

四、驳回无锡××环氧有限公司的其他诉讼请求。

被告××医药科技有限公司、浙江省××开发公司不服一审判决，提起上诉。二审法院审理认为：

一、关于原告无锡××环氧有限公司主张的债权是否超过诉讼时效。被告××铜箔板有限公司确认于2003年4月30日止结欠原告无锡××环氧有限公司货款3328452.2元，该款中886443元未到期，已生效的第××号判决扣除该部分货款，加之2003年5月后原告无锡××环氧有限公司向被告××铜箔板有限公司供货1184592元，被告××铜箔板有限公司欠原告货款合计2071035元。2005年4月，原告无锡××环氧有限公司以催款函、公证书形式向被告××铜箔板有限公司催要货款。2006年12月27日，2007年3月27日—29日，原告无锡××环氧有限公司出具无锡至杭州及杭州至无锡的长途汽车票和住宿费发票，佐证催款，但2006年12月27日票据的单位报销凭证记载事由为“新客户拜访”，2009年1月原告无锡××环氧有限公司提起诉讼。二审法院认为，2071035元债权形成后，原告无锡××环氧有限公司以多种形式持续催要债款，虽2006年单位票据报销凭证事由为“新客户拜访”，但不能排除交通便利，同一线路办几件事的可能，

且该线路符合原告无锡××环氧有限公司去被告××铜箔板有限公司催款的路径，故从保护债权人利益的角度，应认定原告无锡××环氧有限公司持续向被告××铜箔板有限公司催讨欠款，未超过两年的诉讼时效期间。

二、关于××医药科技有限公司于1992年、1996年对被告××铜箔板有限公司增资时的出资是否到位。1992年2月，被告××铜箔板有限公司增加注册资本至412.81万美元，未向工商局出具验资报告，仅有证明。其内容为：被告××铜箔板有限公司追加投资，中方单位已出资如下：1. 仪表厂出资74.043万美元；2. ××发电公司出资219.5054万元，折40.9525万美元；3. 浙江省××开发公司出资110.63308万元，折20.6425万美元。原审限期举证出资依据，浙江省××开发公司出具了支付出资款1215477.76元的银行转账支票，浙江××实业公司的股份因于1997年由××发电公司转让所得，1992年并非被告××铜箔板有限公司股东，无增资义务。××医药科技有限公司不能提供出资凭证，应承担举证不能的后果，故应认定××医药科技有限公司对被告××铜箔板有限公司1992年增资时的出资不实。1996年4月，验资报告确认被告××铜箔板有限公司增资300万美元，其中××医药科技有限公司原已出资123.76万美元，又为被告××铜箔板有限公司代付进口设备价款232.76万美元。以其中的135万美元作为出资款，……。上述代付设备款已分别于1996年2月4日和1月4日取得两制造商确认。××医药科技有限公司为被告××铜箔板有限公司代付进口设备价款，以债权冲抵注册资本并未有法律禁止性规定，应为有效，故应认定××医药科技有限公司对被告××铜箔板有限公司1996年增资时的出资真实。

三、关于被告××铜箔板有限公司未依法清算是否导致其资产流失，给原告无锡××环氧有限公司的债权造成损失。被告××铜箔板有限公司2002年度年检报告书反映，被告××铜箔板有限公司当时的总资产为24987万元，总负债为15267万元，净资产为9720万元，2003年、2004年均未办理工商年检手续，2005年11月被工商局吊销营业执照。期间，2003年5月30日，法院民事裁定书裁定“将属于被告××铜箔板有限公司位于A市B镇的部分房产、土地使用权及机器设备以人民币7100万元拍卖给某丙公司所有”等。2004年4月6日，法院民事裁定书裁定，以被告××铜箔板有限公司系多案被执行人，财产已被另案执行，未发现有可供执行的财产为由裁定终结该次执行程序。2004年5月11日，原审对其作出的第××号民事判决书的执行，因被告××铜箔板有限公司没有可供执行的财产，原

告申请延期执行,而裁定书裁定中止执行。由此可见,被告××铜箔板有限公司被吊销营业执照前,已无可供执行的财产,原告无锡××环氧有限公司未举证被告××铜箔板有限公司可供本案执行财产的状况和线索,且其本身由生效判决确认的债权也因此中止执行,故被告××铜箔板有限公司的股东未对其公司进行清算并不可能导致被告××铜箔板有限公司资产流失,给原告无锡××环氧有限公司的债权造成损失,对此上诉人的上诉理由成立,二审法院予以支持,原告无锡××环氧有限公司有关被告××铜箔板有限公司的股东未履行清算义务,对被告××铜箔板有限公司债务承担补充清偿责任的诉讼请求应予以驳回。

综上,原告无锡××环氧有限公司与被告××铜箔板有限公司间的买卖关系有效,无锡××环氧有限公司按约交货后,被告未履行付款义务,应承担违约责任。原告无锡××环氧有限公司主张欠款2071035元及利息损失,理由正当,本院予以支持。××医药科技有限公司对被告××铜箔板有限公司1992年增资74.043万美元出资不实,鉴于该增资不实部分已超过本案的诉讼标的额,故××医药科技有限公司对被告××铜箔板有限公司上述不能清偿的债务部分承担清偿责任。被告××铜箔板有限公司在被吊销营业执照之前,已无可供执行的财产,原告无锡××环氧有限公司未举证被告××铜箔板有限公司可供本案执行财产的状况和线索,故被告××铜箔板有限公司的股东未对其公司进行清算并不可能导致被告××铜箔板有限公司资产流失,给原告无锡××环氧有限公司的债权造成损失,原告无锡××环氧有限公司有关被告××铜箔板有限公司的股东未履行清算义务而对被告××铜箔板有限公司债务承担补充清偿责任的诉讼请求应予以驳回。对此,原审所做判决欠妥,应予以纠正。据此,依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条《、最高人民法院关于民事诉讼证据若干规定》第二条《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(三)项的规定,判决如下:

一、维持一审判决第一、二、四项。

二、撤销一审判决第三项。

经典评析

由于本所未参与该案件的一审代理,因此,在二审期间,作为上诉人浙江省××开发公司的代理人,我们在代理本案过程中,多次组织本所律师讨论该案件以确定最佳的辩论思路,并在二审期间向A市中级人民法院对×

×铜箔板有限公司提起强制清算申请，将A中院立案受理通知书及驳回强制清算申请裁定书作为新证据在第一时间提交给二审法院，通过分析《〈公司法〉司法解释二》第十八条的适用，最终成功地说服了二审法官将该案件依法改判。针对该案件，我们当时辩论的主要观点表现为：

一、从诉讼法律关系上看，本案一审法院在立案时是以买卖合同纠纷为案由进行立案的。但从一审判决的内容来看，本案一审法院实际上在一起买卖合同纠纷案件中同时合并审理了另外一起侵权损害赔偿纠纷案件。这有违民事诉讼法的相关法律规定。

首先，买卖合同纠纷属于合同之债，而侵权损害赔偿纠纷属于侵权之债，两者完全属于两种不同的债权债务关系，根本就没有合并审理的基础法律事实，更没有合并审理的法律依据；

其次，本案中，原告与被告浙江××铜箔板有限公司之间是买卖合同纠纷，而原告同时要求其股东承担赔偿责任，显然是属于公司清算纠纷中的侵权损害赔偿责任，这两者是完全不同的、互相独立的法律关系，就诉讼而言是两个独立的诉讼案由，所涉当事人也完全不同，属于两个完全独立的诉讼。

二、综合全案，本案不能适用《〈公司法〉司法解释二》第十八条。

从该条规定可以看出，要适用此条解释，需满足以下几个条件：1. 没有及时清算；2. 由于未及时清算导致了财产的贬值、流失、毁损或灭失；3. 债权人必须提起强制执行程序，且经强制执行公司财产仍未能清偿债务，给其造成了损失。

本案不能适用《〈公司法〉司法解释二》第十八条理由如下：

首先，被告浙江××铜箔板有限公司股东应当履行清算义务时已没有了财产。因此，有无及时清算与贬值、流失、毁损或灭失之间不可能存在因果关系。

其次，本案的合同纠纷案件尚未审理完毕，被上诉人并未取得生效的判决文书，更没有依据生效判决书对被告浙江××铜箔板有限公司采取强制执行措施。在没有采取强制措施的情况下，不能证明债权没有实现和有其他损失，一审法院无权审理清算过程中的财产损害赔偿案件。一审法院将两个完全不同的诉讼案由即买卖合同纠纷和侵权损害赔偿纠纷合并审理，完全是错误的，违反了《民事诉讼法》关于合并审理的相关规定。

第三，被上诉人在一审时提供了民事裁定书，用于证明其债权无法实现。但这债权并非是本案所涉的债权。这个债权与本案无关。而事实上，

2003 年的判决是完全有可能实现,被上诉人已经向 C 法院以财产损害赔偿纠纷为由提起诉讼,经审理,判决被告××铜箔板有限公司原股东××医药科技有限公司承担出资不实的赔偿责任。因此,原审法院第××号判决的执行情况,无法证明股东未履行清算义务给其造成了损失。

三、被告浙江××开发公司无论是否履行清算义务,均不可能导致××铜箔板有限公司财产贬值、流失、毁损或灭失。

在本案二审期间,被告浙江××开发公司对××铜箔板有限公司向 A 市中级人民法院申请强制清算,案件经 A 市中院立案并经听证后,A 市中院裁定不予受理浙江××开发公司的强制清算申请。代理人及时将该等证据提交给二审法院,并提出前述民事裁定书能够证明两个方面的内容,即:1. 2005 年 11 月 18 日××铜箔板有限公司被吊销营业执照之前,即在 2004 年 4 月 6 日,××铜箔板有限公司就已经没有任何财产,据此,在××铜箔板有限公司依法被吊销营业执照之后,××铜箔板有限公司的股东无论是否履行清算义务,均不可能导致××铜箔板有限公司财产贬值、流失、毁损或灭失;2. 作为仅持有 2.27%股份的浙江××开发公司已经对××铜箔板有限公司履行申请强制清算义务,但 A 市中院裁定不予受理,据此,浙江××开发公司也不应“因未履行清算义务”而承担连带赔偿责任。

虽然二审法院未采纳上述第一个观点,但代理人认为该类观点值得在司法实践中进一步探讨。



公司侵权赔偿责任在公司注销后是否应当由股东承担

——宁波某通信有限公司诉张×、郑×侵犯著作财产权纠纷案评析

徐 安 刘家朋*

案情简介

宁波某通信有限公司(以下简称"宁波公司")是《××》等影视作品的全国独家信息网络传播的权利人,因互联网站"A 市场网"未经宁波公司许可,向不特定公众提供《××》等众多影视作品的在线播放服务,侵犯了宁波公司的著作财产权,宁波公司委托我们为其进行维权。我们立刻对网站侵权内容进行了证据保全,并查证网站"A 市场网"的所有人为华富公司,网站标示办公地点为 B 市 C 区某写字楼。准备好权利文件和侵权公证件后,2010 年 1 月 15 日宁波公司向 B 市 C 区人民法院提起民事诉讼,要求华富公司承担侵权赔偿责任。华富公司在答辩期内对该案提出管辖权异议,C 区人民法院将该案移送 B 市中级人民法院处理。2010 年 4 月 19 日华富公司代理人向 B 市中级人民法院提交华富公司已经工商等部门核准注销的证明三份,分别是:工商局于 2010 年 3 月 26 日出具的工商企业注销证明;税务局于 2010 年 2 月 26 日出具的税务事项通知书;税务局于 2010 年 3 月 30 日出具的注销税务登记通知书。2010 年 4 月 27 日,B 市中级人民法院以"因被告华富公司已经注销,其诉讼主体资格已经消亡,故无法将华富公司作为本案的被告再行诉讼"为由,驳回宁波公司的起诉。我们认为,华富公司以注销公司的方式企图逃避承担侵权赔偿责任,经向 B 市工商局查询

---

* 徐安,男,毕业于中南财经政法大学研究生院,主要从事知识产权业务,浙江汉鼎律师事务所专职律师。

刘家朋,男,毕业于北京大学,主要从事知识产权业务,浙江汉鼎律师事务所专职律师。

得知:2010 年 1 月 25 日,华富公司全体股东(张×、郑×)一致同意解散公司,并作出了关于同意解散华富公司的股东会决议。2010 年 3 月 25 日华富公司清算组(清算组成员为张×、郑×)作出清算报告,"截止 2010 年 3 月 25 日,华富公司共有净资产 273.9 万元,净资产按股东出资比例已分配完毕。"2010 年 3 月 26 日,华富公司经工商部门核准注销。我们对该案进行研究后,认定这是典型的恶意注销行为,华富公司股东张×、郑×应对华富公司的侵权行为承担赔偿责任。2010 年 7 月 7 日,宁波公司向华富公司股东张×、郑×户籍所在地 D 市人民法院提起诉讼,状告华富公司股东张×、郑×,要求其为华富公司的侵权行为承担侵权赔偿责任。2010 年 8 月 23 日,D 市法院公开开庭进行了审理。2010 年 11 月 23 日,D 市人民法院作出一审判决,认定张×、郑×应当对华富公司的侵权行为承担赔偿责任,判决被告张×、郑×赔偿原告宁波公司经济损失×万元。一审宣判后,原被告双方均未上诉,该判决已生效。

争议焦点

原告宁波公司为证明其主张的事实,向 D 市人民法院提交了如下证据材料:1. 电视剧作品《××》的发行许可证及授权书,证明原告拥有电视剧作品《××》的独家信息网络传播权。2. 网络证据保全公证书,证明华富公司以营利为目的,在其所有的"A 市场网"上向公众提供电视剧作品《××》的在线播放服务,该行为侵犯了原告的信息网络传播权。3. 工商部门获取的华富公司注销登记申请书、关于同意解散公司的决定、关于确认公司清算报告的决定、公司清算报告、备案通知书、公司基本情况,证明两被告张×、郑×应对华富公司的侵权行为承担赔偿责任。4. B 市中级人民法院驳回起诉民事裁定书,证明两被告张×、郑×应对华富公司的侵权行为承担赔偿责任。

被告张×、郑×未提交证据。

本案的争议焦点有三个:一、原告宁波公司是否是本案适格主体,是否是涉案电视剧作品《××》的信息网络传播的权利人。二、"A 市场网"是否华富公司所有,华富公司是否实施了侵犯涉案电视剧作品《××》的信息网络传播权的行为。三、两被告是否应对华富公司的侵权行为承担赔偿责任。

对于争议焦点一和争议焦点二,两被告虽提出了否定性意见,但明显缺乏事实依据,法院最后也未采纳两被告的该否定性意见,这里不再展开。本案的关键是争议焦点三,两被告是否应对华富公司的侵权之债承担赔偿责

任。原告宁波公司提交的相应证据是证据3和证据4。被告对证据3的真实性、关联性没有异议,但对证明目的有异议,认为华富公司申请注销公司的一系列行为均符合《公司法》的相关规定且程序合法,其不存在编造欺骗行为。对于证据4的真实性没有异议,但对证明目的有异议,认为华富公司注销清算程序合法,所以原告要求华富公司股东作为本案被告承担责任,于法无据。被告的质证意见完全在我们的意料之内,我们早已有备而来。我们向法庭阐述我方的观点:华富公司申请注销公司的行为并不合法,按照《公司法》规定,公司股东会决议解散公司后,清算组应当自成立之日起十日内通知债权人,应当清理公司的债权债务,并且代表公司参与民事诉讼活动。但实际情况是,清算组即本案的两被告在知道有侵权诉讼的情况下并没有通知债权人原告宁波公司,没有清理公司的债务问题,清算组在诉讼期间也没有代表公司参与民事诉讼活动,反而在诉讼期间将公司注销,是恶意逃避侵权赔偿责任,在实体上和程序上都是不合法的。《公司法》明确规定,清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的,应当承担赔偿责任。在本案中,两被告的故意行为即未经通知债权人将华富公司注销,并瓜分华富公司财产,使债权人宁波公司无法对华富公司主张侵权赔偿责任,宁波公司的损失应当由两被告承担连带赔偿责任。

审理判决

关于证据3和证据4,法院确认该两份证据可以作为认定本案相关事实的依据,并表示根据证据3和证据4载明的事实可以证明,华富公司注销发生在起诉后且该公司有剩余财产,两被告应对华富公司的侵权之债承担赔偿责任,原告宁波公司将张×、郑×作为本案被告提起诉讼并无不当。

法院认为,E市广播电视剧颁发的发行许可证载明,电视剧《××》的制作单位为鑫宝源公司,原告宁波公司通过鑫宝源公司的授权,取得该剧的信息网络传播权,该权利应受法律保护。华富公司未经许可,将该剧在其网站上传播,侵犯了原告宁波公司的上述权利,华富公司应赔偿原告宁波公司的损失。因华富公司注销发生在原告对其提起诉讼之后,华富公司清算组依法应将公司解散清算事由书面通知原告宁波公司,现清算组未履行通知义务,导致原告宁波公司未及时申报债权而未获清偿,原告宁波公司有权要求华富公司清算组成员即张×、郑×对其损失承担赔偿责任,因此,原告起诉要求被告张×、郑×对华富公司的上述债务承担赔偿责任的诉讼请求,本院予以支持。两被告辩称网站不是华富公司所有,华富公司注销程序合法,两

被告不应对华富公司的债务承担赔偿责任,该辩解与本院查明的事实不符,本院不予采信。

法院在综合考虑涉案电视剧作品的知名度、被控侵权网站的性质和持续时间,特别考虑被告的主观过错程度等因素酌情确定两被告张×、郑×赔偿原告宁波公司经济损失×万元。

一审判决后,原被告双方均未上诉,本案判决书已发生法律效力。

经典分析

此案历经三个法院的审理,先是因管辖权异议成立被移送,其次是因华富公司注销而被法院驳回起诉,最后原告对被注销公司的股东再次提起诉讼,可谓一波三折。通过我们的不懈努力,最终取得案件胜诉,我们的工作也获得了原告宁波公司的认可。

对于B市C区人民法院裁定管辖权异议成立,案件移送B市中级人民法院和B市中级人民法院裁定驳回起诉,其实我们都有不同于法院的观点,但考虑到不影响宁波公司的实体权利,上诉问题反而体现不出诉讼效率,我们在诉讼策略上选择了对这两个裁定都不上诉。

在宁波公司诉张×、郑×侵犯著作财产权纠纷案中,D法院判决的理由是华富公司注销发生在原告对其提起诉讼之后,华富公司清算组依法应将公司解散清算事由书面通知原告宁波公司,清算组未履行通知义务,导致原告宁波公司未及时申报债权而未获清偿,因此原告宁波公司有权要求清算组成员张×、郑×对其损失承担赔偿责任。D法院的判决保护了原告宁波公司的合法权益,也让被告张×、郑×认识到公司的侵权责任并非在公司注销后就可以一笔勾销。

本案的处理主要涉及公司侵权赔偿责任在公司注销后是否应当由股东承担的问题。对于这个问题,可以找到相应的法律依据。

《公司法》第一百八十五条:"清算组在清算期间行使下列职权:……(二)通知、公告债权人;……(五)清理债权、债务;……(七)代表公司参与民事诉讼活动。"

《公司法》第一百八十六条:"清算组应当自成立之日起十日内通知债权人,并于六十日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起三十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,向清算组申报其债权。"

《公司法》第一百九十条第二款:"清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的,应当承担赔偿责任。"

最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(二)第十九条:"有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东,以及公司的实际控制人在公司解散后,恶意处置公司财产给债权人造成损失,或者未经依法清算,以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记,债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的,人民法院应依法予以支持。"

最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(二)第二十三条:"清算组成员从事清算事务时,违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失,公司或者债权人主张其承担赔偿责任的,人民法院应依法予以支持。"

上述规定是公司股东有限责任的例外与补充,其目的是为了限制公司股东的不当行为,保护公司及其债权人的合法权益。对于公司注销后股东的赔偿责任认定,应当遵循以下原则:公司清算义务人在清算过程中有故意或者重大过失行为,即清算义务人有过错;公司或者公司债权人在公司清算中造成了损失;公司或公司债权人的损失与清算义务人的故意或者重大过失行为之间存在因果关系;各清算义务人对公司债权人应当承担连带赔偿责任。在本案中,清算义务人张×、郑×在清算过程中是有过错的,在知道有侵权诉讼的情况下,没有书面通知债权人,没有清理债务,未经依法清算,以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理了法人注销登记。因华富公司被注销,宁波公司无法再向华富公司主张债权实现债权,宁波公司存在损失。公司债权人的损失与清算义务人的过错存在因果关系。本案被告张×、郑×在清算过程中,未履行通知义务,致使债权人宁波公司无法申报债权,导致债权未获清偿,造成了损失。被告张×、郑×对宁波公司的损失应当承担连带赔偿责任,赔偿的数额应当以张×、郑×在清算过程中所分得的财产为限。

如果华富公司存续期间还侵犯了其他公司的著作财产权,但在华富公司注销前,其他公司还没有向人民法院提起诉讼要求华富公司承担侵权赔偿责任,华富公司也不明知有这个侵权存在,在华富公司注销后,其他公司是否能向华富公司股东张×、郑×主张相应赔偿责任呢?对于这个问题我们认为,根据本案的事实,其他公司有权向华富公司股东张×、郑×主张相应赔偿责任。虽然自公告之日起四十五日内,其他公司没有向清算组申报其债权,但是从法律规定看,未经依法清算办理注销登记的,债权人可以主张公司股东承担民事责任。对于未经依法清算办理注销登记的情形,债权人并没有要求必须是在注销前起诉或者申报过债权的债权人,只要能证明

公司的股东未经依法清算,以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理注销法人注销登记,该债权人仍可向公司股东主张赔偿责任。也就是说,由于存在不合法清算,张×、郑×还要为其他潜在的债权人的债权承担赔偿责任。这样处理可以遏制某些公司股东为了逃废债务而恶意注销公司,从而更好地保护债权人的合法权益。



强行平仓是期货公司的权利还是义务

——评某期货公司诉施某期货经纪合同纠纷案

林德平　沙中梅*

案情简介

原告(被上诉人):某期货经纪有限公司

被告(上诉人):施某

施某系在某期货经纪有限公司开户进行期货交易的客户。2007 年 6 月 18 日,双方签订了《期货经纪合同》一份,约定由施某委托某期货经纪有限公司按照施某的交易指令进行期货交易,施某以初始保证金水平和维持保证金来控制期货交易的风险,双方就追加保证金、强行平仓、通知方式、费用等事项也进行了明确约定。其中,《期货经纪合同》第十一条约定:"乙方(施某)因交易亏损或者其他原因,致使账户中的保证金余额低于初始保证金水平时,甲方(某期货经纪有限公司)将按照本合同约定的方式向乙方发出追加保证金的通知,乙方应当在下一交易日开市前及时追加保证金或者采取减仓措施并不得开新仓。否则,甲方有权在事先未通知的情况下,对乙方的部分或者全部未平仓合约强行平仓,直至乙方的保证金余额能够维持其剩余头寸为止。乙方因未追加保证金或未采取减仓措施而使乙方账户的保证金余额低于维持保证金水平时,甲方将在事先未通知的情况下,在次交易日对乙方的部分或者全部未平仓合约强行平仓,直至其保证金余额能够维持其剩余头寸。乙方应承担强行平仓的手续费及由此发生的损失。以上条款中,甲方是否执行强行平仓,乙方持仓的风险仍由乙方承担。"同日,施某在该期货经纪有限公司开立账户进行期货交易。

* 林德平,男,毕业于西南政法大学,从事民商法领域,浙江浙经律师事务所专职律师。
沙中梅,女,毕业于杭州师范大学,从事民商法领域,浙江浙经律师事务所专职律师。

2008年3月17日,施某持有大连商品交易所豆油y0809合约28手,该日结算后,施某账户风险度达到321.58%,需追加保证金244056.56元。某期货经纪有限公司在当日交易结算报告中向施某发出了追加保证金和强制平仓通知,但次日开市前施某并未追加保证金,也未采取减仓措施。此后,由于受外盘暴跌影响,豆油期货出现连续跌停板单边市行情。2008年3月20日,施某账户经全部强行平仓后,客户权益为-209476.56元,即发生穿仓209476.56元。

此后,某期货经纪有限公司要求施某偿还穿仓金额及相应利息,但施某不予归还,遂成讼。

争议焦点

1.《期货经纪合同》第十一条是否属于无效格式条款?

2. 某期货经纪有限公司是否已按《期货经纪合同》的约定履行了追加保证金和强行平仓的通知义务?

审理判决

本案施某抗辩认为:《期货经纪合同》系某期货经纪有限公司提供的格式合同,其中合同第十一条由于免除了某期货经纪有限公司的责任,加重了施某的责任,且某期货经纪有限公司没有履行提示义务,属于无效条款;某期货经纪有限公司有义务在出现应强行平仓的情形下为客户强行平仓,其既没有履行通知义务,也没有为施某平仓,对施某的穿仓损失应由某期货经纪有限公司承担责任;某期货经纪有限公司诉讼请求中的利息计算明显过高,请求予以减少。一审法院经审理认为:某期货经纪有限公司与施某所签期货经纪合同主体合格、内容合法,当事人意思表示真实,应属有效,双方均应信守合同,诚实履行;施某认为合同第十一条系格式合同中的免责条款,某期货经纪有限公司未尽到合理提示和说明义务,应属无效条款的抗辩,不予采纳;某期货经纪有限公司在行情发生剧烈波动时及时通知施某注意风险并追加保证金,履行了合同约定的义务,施某未按照某期货经纪有限公司的指令及时追加保证金,也未依照合同的约定对超出保证金标准的头寸自行平仓,其行为已构成违约,某期货经纪有限公司对其持有的合约进行强行平仓有合同依据,由此造成的损失应由施某承担,因此判决支持了某期货经纪有限公司的全部诉讼请求。施某不服一审判决,向上一级人民法院提出上诉,二审法院最终判决驳回上诉,维持原判。

经典评析

本案系在期货市场出现连续跌停板单边市行情时客户账户发生穿仓的期货经纪合同纠纷，案件的核心争议在于强行平仓属于期货公司的权利还是义务，这也直接关系到某期货经纪有限公司与施某双方签订的《期货经纪合同》第十一条是否属于存在“一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”情形的无效格式条款。

笔者作为某期货经纪有限公司的诉讼代理人，根据现行法律法规的规定，就《期货经纪合同》第十一条是否有效以及强行平仓属于期货公司的权利还是义务这一关键问题发表了充分的代理意见，并最终被一审法院和二审法院采纳。

一、现行期货法律赋予了当事人可以在期货经纪合同中自行约定权利义务的范围。期货经纪合同是司法机关确认期货公司与客户之间权利义务关系的主要根据，必须作为处理期货纠纷案件的依据。

1. 最高人民法院《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》第二条规定：“人民法院审理期货合同纠纷案件，应当严格按照当事人在合同中的约定确定违约方承担的责任，当事人的约定违反法律、行政法规强制性规定的除外。”在该司法解释的历次征求意见稿中，最初将合同约定规定为“可”作为处理案件的依据，后来修改为“应当”作为处理案件的依据，不再将其作为可采纳可不采纳的依据，而是必须作为处理案件的依据，足见司法解释根据我国期货市场发展需要赋予了期货合同相当高的法律地位，这在其他法律规范中是难以见到的。最高人民法院民二庭审判长吴庆宝在《实施期货司法解释需要明确的几个问题——期货司法解释的法律适用与条款删改说明》一文中明确了这一点。因此，处理期货纠纷案件强调严格合同责任原则，要尊重合同当事人的约定，把期货合同作为处理纠纷的依据来对待。

2. 最高人民法院《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》第三十六条第二款规定：“客户的交易保证金不足，又未能按期货经纪合同约定的时间追加保证金的，按期货经纪合同的约定处理；约定不明确的，期货公司有权就其未平仓的期货合约强行平仓，强行平仓造成的损失，由客户承担。”可见，司法解释赋予期货公司和客户可以就追加保证金和强行平仓权利义务问题自行约定，并以此作为处理纠纷的依据。本案《期货经纪合同》第十一条将强行平仓约定为某期货经纪有限公司的权利符合司法解释的精神，不违反法律和行政法规的强制性规定，不存在一方免除其责任、加重对方责

任、排除对方主要权利的情形,因此不属于无效格式条款。

二、对客户而言,除合同另有约定以外,强行平仓属于期货公司的权利,而不是义务。相反,在保证金不足时,客户有义务、有责任自行平仓。

1. 最高人民法院《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》第三十六条第二款规定:"客户的交易保证金不足,又未能按期货经纪合同约定的时间追加保证金的,按期货经纪合同的约定处理;约定不明确的,期货公司有权就其未平仓的期货合约强行平仓,强行平仓造成的损失,由客户承担。"该条规定表明在合同约定不明确时强行平仓属于期货公司的权利,而不是义务。因此,即使某期货经纪有限公司与施某未在《期货经纪合同》中就强行平仓作出约定或者约定不明确的,强行平仓也是属于某期货经纪有限公司的权利,而不是义务。某期货经纪有限公司有权在施某账户出现保证金不足时对其账户采取强行平仓措施,并由施某承担损失。

2. 最高人民法院《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》第三十八条规定:"期货公司或者客户交易保证金不足,符合强行平仓条件后,应当自行平仓而未平仓造成的扩大损失,由期货公司或者客户自行承担。"表明在交易保证金不足符合强行平仓条件后,客户有义务自行平仓,否则相应的损失由客户自行承担。本案施某在其交易保证金出现不足情形时,并未按照法律规定和合同约定自行平仓,直接导致了其账户发生穿仓损失,应当承担向某期货经纪有限公司偿还穿仓款及相应利息的责任。

从本案来看,期货市场具有高风险的特征,在出现单边市行情时,客户可能损失的不仅仅是全部保证金,还可能发生账户穿仓。因此,作为从事期货交易的客户,应当高度认识期货交易的高风险性,合理控制仓位,妥善管理交易账户。在交易账户出现保证金不足时,应当及时按照合同约定和法律规定追加保证金,或者自行采取平仓措施,避免发生穿仓。就我国期货市场的发展现状而言,依照合同约定和法律规定确定期货公司和客户之间的权利义务关系尤其是强行平仓权利义务关系,有利于维护我国期货市场的正常秩序,促进期货行业的进一步发展。

股东资格确认之探究

——从一起股权纠纷案说起

王 军 陆江涛*

案情简介

2005年，王某与李某、赵某共同出资成立公司，同年10月，李某与高某签订了共同合作经营公司的协议书。

2006年10月初，公司股东会决议聘用高某为公司员工，如高某完成年毛利指标，按占公司20%的股权比例，分享公司20%的利润，如公司经营亏损时，按亏损额的20%承担责任，并享有20%的表决权等事宜；月底，公司股东王某、李某、赵某与高某签订了聘用合同（以下简称"聘用合同"）。聘用合同对高某在聘用期间（至2010年6月18日止）报酬、权利义务、争议处理等事宜进行了约定，该聘用合同聘用高某为公司员工，如高某完成年毛利指标，按占公司20%的股权比例，分享公司20%的利润，如公司经营亏损时，按亏损额的20%承担责任，并享有20%的表决权等事宜。聘用合同另约定，李某、高某双方于2005年10月18日签订的协议书同时中止。

2008年6月，王某将自己的全部股权转让给钱某，并办理了工商变更登记。公司法定代表人变更为钱某。

2010年6月18日，聘用合同到期，后公司未与高某续签劳动合同。除2009年1月1日至聘用合同到期日，公司尚未分配利润外，聘用期间公司都是按利润的20%给高某奖励。

2010年6月，高某起诉公司及股东李某、赵某、钱某。请求：确认自己

* 王军，男，兰州大学法学学士，专业从事刑事、民商、公司、房地产、金融等领域的诉与非诉业务；浙江天屹律师事务所专职律师。

陆江涛，男，中国人民大学法学院法律硕士，主要从事民商、公司法律诉讼事务及公司并购等非诉法律业务；浙江天屹律师事务所专职律师。

拥有公司20%的股权;判令公司支付利润分红款80多万元,公司股东李某、赵某、钱某在已分配利润范围内承担连带付款责任。

公司及股东李某、赵某、钱某聘请天屹律师作为代理人参加诉讼。

争议焦点

1. 高某是否是公司的股东?

2. 高某主张20%的利润分成系劳动报酬还是股权分红,即本案系劳动纠纷还是股权纠纷?

审理判决

高某向人民法院申请撤回诉讼请求,一审法院裁定准予其撤诉。

根据对方的起诉书及提交的证据,我们代理被告向一审法院提出管辖权异议,一审法院裁定驳回后,被告向上级法院提出管辖权异议上诉,管辖权异议上诉期间,原告向法院申请撤诉,在确认原告向一审法院申请撤诉后,被告向二审法院申请撤回了管辖权异议上诉。

经典评析

高某能否被法院认定为公司股东是本案的关键。因此,我们主要从股东资格认定的要件、聘用合同的性质并结合司法实践认定股权(股东资格)的要件、标准等进行法律评析。

一、司法实践中股权(股东资格)认定的要件、标准

(一)股权确认的相关证据

从司法实践中公司股权确认的实际案例来看,我们可以将股权确认的相关证据分为形式证据和实质证据两类。工商登记、公司章程、股东名册等属于形式证据;实际出资、获得出资证明书和实际承受股东权利义务的行为属于实质证据。司法实践中处理公司股权确认纠纷诉讼案件的基本原则是:在处理公司与第三人股权确认纠纷时,形式证据优先于实质证据,并且工商登记的资料具有公信力,它的证据效力优先于其他形式证据。当纠纷涉及公司、股东间关系时,股权确认一般应审查股东名册、出资证明、股东会决议等股东实际投资及股东间关于股权安排的真实意思表示等相关事实。即在处理公司内部股权确认纠纷时,应更多地从行为人是否出资、是否签署有关公司重大决议、是否承受股东权利义务等方面来进行综合分析判断。

(二)关于股东资格确认的具体标准

股东资格是投资人取得和行使股东权利并承担股东义务的基础,根据

《公司法》的相关规定，有限责任公司股东资格的确认，涉及实际出资数额、股权转让合同、公司章程、股东名册、出资证明书、工商登记等。确认股东资格应当综合考虑多种因素，在具体案件中对事实证据的审查认定，应当根据当事人具体实施民事行为的真实意思表示，选择确认股东资格的标准。

从目前的司法实践看，关于有限责任公司股东资格确认的标准问题主要倾向于内外有别原则，基本上采取了“内外有别的双重标准”[1]。

1. 当纠纷涉及股东与第三人的外部关系时，应当优先适用商法规则，坚持外观主义原则，侧重保护交易安全和流转秩序，促进效率与效益，着重审查工商登记的内容。工商登记具有对善意第三人宣示股东资格的证权功能，第三人有理由依赖登记材料的真实性。即使因未办理相关手续导致公司登记机关的登记与实际权利状况不一致，按照商法公示主义与外观主义原则，也应优先保护善意第三人因信赖公司登记机关的登记而作出的行为效力，要求工商登记的股东按登记的内容对外承担责任。[2]我国《公司法》在有限责任公司的设立条件中并未明确将投资人姓名或者名称作为设立有限责任公司的必备条件，而只是要求股东（或发起人）的人数和出资符合法律的要求。因此，这种登记事项并无设权性效果。即工商登记可以被视为证明股东资格并对抗第三人的表面证据，但不具有股东资格创设性效果。所以，在纠纷涉及公司与股东间或者股东之间的内部关系时，工商登记并不作为审查的主要内容。

2. 当纠纷涉及公司与股东间或股东间的内部关系时，应优先适用民法规则，以公平正义为最高价值，维护公司内部当事人约定的效力。

(1)当纠纷涉及公司与股东间的关系时，在确认股东资格时应着重审查股东名册、公司章程的记载。根据《公司法》第三十三条规定：“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：……记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；……”股东名册、公司章程具有推定效力，即在没有相反证据时，股东名册、公司章程就是股东资格的证明，但认定工商登记文件记载的股东以外的人为股东的，不得违反法律和行政法规有关股东身份的禁止或限制性规定。[3]

令人遗憾的是，股东名册虽然是公司法明确要求公司必须置备的公司法律文件，但很多公司事实上并未置备股东名册，即便置备名册，也因公司法对名册的产生、保管、变更并无更严格的形式要件要求，使得股东名册无法起到在公司内部证明股东身份的作用。

(2)当纠纷涉及股东间关系时,股东资格确认一般应审查实际出资、获得出资证明等股东实际投资及实际行使股东权利、履行股东义务并考虑股东间关于股东资格安排的真实意思表示等相关事实。出资证明书是表现有限责任公司股东地位或者股东权益的一种要式证券,是投资人取得有限公司股权的物权性凭证,是持有人对股份拥有物权性权利的凭证。出资证明书不能作为认定股东资格的充分依据,但持有出资证明书,可以认为其是出资额的合法所有人,对持有出资证明书而未在公司股东名册上备案的,除有证据证明其应自行承担不备案责任外,有限责任公司及其所有股东应对持有人承担侵权赔偿责任。有出资行为的,应结合其是否在公司章程中签字或实际行使了股东权利、履行了股东义务进行股东资格认定,不能一概而论。

公司的基本特点之一具有人合性,所以在现行法律框架下应尽可能地尊重股东间关于股权安排、股权比例等问题的真实意思表示。即在处理公司内部股东资格争议时应探究出资者的真实意思,实质要件优先于形式要件。具备全部实质要件即可认定股东资格。只具备形式要件则不足以认定股东资格,还须具备一定的实质要件[4]。

二、结合上述司法认定标准,分析高某是否是公司的股东

(一)从股东的形式和实质要件看,原告高某自始不是公司的股东

1. 从公司工商登记全部信息资料(股东会决议、验资报告、股东等)来看,原告自始不是公司的股东。

2. 从公司章程及四次公司章程修改、一次股权转让来看,原告自始也不是公司的股东。

3. 从股东名册看。原告没有提供证据证明原告系公司股东名册上的股东,且公司股东名册上也没有高某。

4. 从历次股东会决议看。自公司成立至今,原告没有提供证据证明其参加过股东会或在任何股东会决议上签名。在公司长达多年的经营中,无论从股东会的召开、公司章程的修改、股权的转让,原告自始至终不是公司的股东。从原告提交的股东会决议复印件上看,原告也没有在该股东会决议上签字。上述事实也说明原告并不是公司的股东。

5. 从实际出资看,原告没有任何出资且没有提供公司给其出具的出资证明书或出资支付凭证等。根据前面分析,二次装修款 20 万元系原告对公司的债权。

6. 参照《最高人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)(征求意见稿)》第十四条 自然人、法人或者其他组织向人民法院主张确认其享有公司股权的,须证明以下事实:(一)以货币、实物、知识产权、非专利技术、股权、债券、土地使用权等向公司出资;继受公司股权或者以合法方式取得技术股、赠与股等。(二)已为公司章程或者公司股东名册记载为公司股东。显然原告不满足上述条件。参照《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见》第 31 条,股东与第三人约定该第三人无须出资,但可享受公司利润,第三人要求确认股东资格或要求公司支付利润的,人民法院不予支持,不能确认原告的公司股东资格。

(二)协议书及聘用合同的性质及效力

1. 协议书的性质及效力。2005 年 10 月 18 日,李某、高某等签订了共同合作经营公司的协议书。从该协议书内容及签订的主体来看,协议书签订时公司的股东为王某、李某、赵某,其中股东李某与高某签订了共同合作经营公司的协议,该协议未经公司其他股东王某、赵某的确认,主体及形式上存在瑕疵,且公司后续经营并未完全按照该协议内容履行。且 2006 年 10 月 28 日,公司股东王某、李某、赵某与高某签订的聘用合同中已约定中止该协议书的执行。

2. 聘用合同的性质及效力。从该聘用合同内容及签订的主体来看,该聘用合同签订的主体是公司全体股东与高某,虽然该聘用合同的签订主体存在一定瑕疵,但根据合同的内容并结合合同的实际履行情况,该聘用合同系高某与公司建立劳动关系的劳动合同,属有效合同。根据聘用合同,原告享有公司 20%的分红必须具备两个条件:(1)原告在聘用期间;(2)原告完成年毛利指标。从该聘用合同内容、约定分红条件来讲,双方的真实意思系聘用期间原告高某可根据完成的业绩获得公司 20%利润分成,这是对其工作业绩的考核奖励,且该考核激励只在聘用期间内有效。因此,原告按 20%分红和承担亏损系公司对其在聘用期间的工作考核奖惩,原告根本不享有公司 20%的股权。天屹律师认为,起诉的直接依据为聘用协议。

(三)原告二次装修款的性质

根据高某的说明,二次装修款 20 万元系第三人 G 实际投入,2006 年 10 月 8 日 G 与原告达成协议,G 将该装修款转让给原告。在公司与 G 没有特别约定的前提下,我们认为 G 投入装修款系 G 对公司的债权。G 将其对公司的债权转让给原告,原告成为公司的债权主体,但该装修款本质上仍然是债权。虽然公司股东内部同意将该债权转为公司的股权,但是债务人

公司与债权人原告并没有达成债权转股权协议,更没签订债权转股权协议。原告提交的股东会决议仅说明公司股东就原告债权转股权进行了内部表决,股东会决议只有对内效力,根据公司工商登记资料,该股东会决议并没有实际实施(债权转股权注册资本相应增加、工商变更等)。同时,当时的法律法规并没规定有限公司(民营企业)债权可以转股权。因此,原告二次装修款20万元仍为原告对公司的债权。

三、高某主张20%的利润分成系劳动报酬还是股权分红,即本案系劳动纠纷还是股权纠纷?

1. 公司与高某的纠纷实质系劳动(报酬)纠纷。公司与高某于2006年10月28日签订了《聘用合同》,该《聘用合同》系高某与公司建立劳动关系的劳动合同,高某仅为公司员工。高某主张其享有公司20%利润的依据就是根据该《聘用合同》。根据双方聘用合同约定,高某享有公司20%的分成必须具备两个条件:(1)高某在聘用期间;(2)高某完成年毛利指标。从该聘用合同内容、约定利润分成条件来讲,双方的真实意思也不是高某享有公司20%的股权。如果是股权,完全没必要约定聘用期间完成毛利指标等条件才享有20%的利润分成。无论从该《聘用合同》的形式还是内容看,该《聘用合同》系高某与公司建立劳动关系的劳动合同。高某按20%利润分成和承担亏损系公司对其在聘用期间的工作考核奖惩,并不是股权。

同时,根据高某提交的股东会决议、公司工商信息资料和公司从工商局查询调取公司章程、股东信息等,高某自始就不是公司的股东。因此,高某主张20%的利润分成系劳动报酬,即高某起诉公司所谓的股权纠纷实为劳动合同纠纷,劳动争议案件应先经过劳动仲裁委员会的仲裁程序,不服仲裁才可向法院起诉。

2. 公司与高某签订的《聘用合同》明确约定由当地劳动仲裁委员会仲裁。《聘用合同》明确约定,"未尽事宜,协商解决,协商无效,可以向当地劳动争议仲裁委员会申诉,由劳动仲裁委员会仲裁,对仲裁不服的,可以向当地人民法院起诉。"该约定系双方当事人真实意思表示,不违背法律规定,应当认定其约定有效。

3. 高某未经劳动仲裁直接向一审法院起诉公司不符合法律规定。根据相关法律规定及该聘用合同约定,对于公司与高某双方的纠纷应先向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁,仲裁不服的,才可向人民法院起诉。公司住所为A市某区,本案应先由A市某区劳动仲裁委员会管辖。高某不经劳动

仲裁直接向一审法院起诉公司不符合《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定及双方聘用合同关于管辖的约定，一审法院受理此案不符合法律规定。

4.高某把确认之诉与给付之诉合并在一个案件中起诉不符合法律规定。

根据高某的诉讼请求，高某确认股权份额（确认之诉）的被告应是公司股东，而不是公司；案由是股权确认纠纷。高某主张利润分红（给付之诉）的被告是公司，而不应是公司的股东，案由应是公司盈余分配纠纷。高某诉讼的两个诉讼请求涉及的诉讼主体不同，法律关系不同，诉讼请求互不相关，案由各不相同，高某把确认之诉与给付之诉合并在一个案件中起诉不符合法律规定，一审法院受理本案程序不合法。

5.原告高某要求分配利润的诉讼请求于法无据。

对于原告高某要求分配利润的诉讼请求，因原告不是公司股东且被告尚未对原告进行业绩考核，其无权要求分配公司利润。即使原告系公司股东，根据《公司法》的规定，公司是否分配利润是股东会或股东大会的职权，属于公司自治范畴事项，在公司没有作出决议之前，法院不宜直接作出分配利润的判决。没有分配利润的会议决议或决议不合法的，人民法院应当裁定驳回原告请求分配利润的起诉。[5]

综上所述，高某与公司的纠纷实质系劳动（报酬）纠纷，并不是股权纠纷，法院受理本案不符合法律规定；从股东的形式和实质要件看，原告自始不是公司的股东。

参考文献：

[1][4] 江苏省高级人民法院民二庭《修订后〈公司法〉适用中的疑难问题与解决路径》——江苏省法院系统公司法疑难案例研讨会综述。

[2] 江苏省高级人民法院持上述观点。江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）26.公司或股东（包括挂名股东、隐名股东和实际股东）与公司以外的第三人就股东资格发生争议的，应根据工商登记文件的记载确定有关当事人的股东资格，但被冒名登记的除外。

[3] 山东省高级人民法院、厦门中院持上述观点。

《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见》（鲁高法发〔2007〕3号）27、股东名册记载之股东，人民法院应认定其具有股东资格。但有其他证据证明股东名册记载错误的除外。28、公司未置备股东名册，或股东名册未予记载，但在公司章程上签名并为公司章程记载为股东的，人民法院应认定其具有股东资格。股东仅以未

被股东名册记载为由主张收回出资或拒绝承担补缴出资义务的,人民法院不予支持。

厦门中院民二庭《审理公司纠纷案件若干问题的分析》证明股东资格的各种表面证据相互之间存在冲突的情况下,应当坚持股东名册优先的原则处理。

[5] 北京市、山东省高级人民法院持上述观点:《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》(2008 年 4 月 21 日 京高法发〔2008〕127 号)七、关于股东利润分配请求权 第二十一条 公司未就是否利润分配做出有关决议,股东起诉请求分配利润的,人民法院应裁定不予受理。

《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见》(鲁高法发〔2007〕3号)68、公司股东会、股东大会形成利润分配决议,但未向股东实际支付的,股东有权提起诉讼要求公司履行支付义务。公司股东会、股东大会未形成利润分配决议,股东提起诉讼要求分配利润的,人民法院不予支持。



建筑与房地产篇



安置房购买权是否可以分割

——陆丁诉陆A等分家析产纠纷案件评析

徐　涛*

案情简介

某市A房屋为陆丁与其兄长陆甲、陆乙、陆丙四人共有私房。

1996年该房屋需要拆迁，四兄弟与拆迁方以及拆迁公司达成了《产权调换协议》，拆迁方以安置房产权置换的形式对四人进行拆迁补偿（即被拆迁人可以成本价购买安置房，购房款与被拆迁房屋价值相互抵扣，剩余不足部分由被拆迁人补交的形式）。各方在该协议中对安置面积以及安置房屋进行了约定，其中陆甲的安置面积为66平方米，安置房屋为某区一小套；陆丁的安置面积为40平方米，安置房屋为同区的另一小套；陆乙、陆丙各两中套。

同年，陆丁与陆甲达成协议，书面约定陆丁一次性向陆甲支付受让费用，陆甲将其就A房屋拆迁所获得的所有房产权益转让给陆丁，陆丁可就此申请一中套的安置房屋，剩余安置面积转交给陆乙使用。

其后，陆丁按照该协议的约定，向陆甲付清了受让费，同时各家也将安置房购买款交给了拆迁公司。此后，拆迁方和拆迁公司将协议中约定的安置房交付后，陆丁依照约定，取得了面积为55.25平方米的某小区1号安置房的使用权。交付时，该房屋权属尚登记于拆迁方名下。

拆迁工作陆续完成后，陆丁想办理该房屋的产权购买手续及变更登记手续。但根据该市房管部门的规定，拆迁安置房办理权属登记手续必须所有原房屋的所有权人（即被拆迁方）一起到房管部门确认办理意见，或先行办理分家析产公证。由于陆乙过世，乙家内部存在继承纠纷，因此不愿意配

---

* 徐涛，男，专业从事金融、公司等方面的法律业务，浙江浙联律师事务所专职律师。

合陆丁的权属登记手续。

2000年,陆甲去世。陆丁向其继承人徐某(陆甲之妻)、陆某甲(陆甲之子)提出要求协助办理将某小区1号房过户至其名下的手续,但两人以不知道此事为由,拒绝承认陆甲已将拆迁后的房产权益转让给陆丁的事实。无奈之下,陆丁于2009年将二人告上法院。法院确认了陆丁与陆甲之间达成的协议的有效性,但因房屋系登记在拆迁方名下,并非徐某或陆某甲名下,法院认为二人无权协助办理过户手续。

为彻底解决房屋的产权问题,2009年11月,陆丁向法院起诉,要求就拆迁取得的房产权益进行分家析产。

法院在审理过程中,发现本案所涉及的共6套房屋的房屋权属证明均登记在拆迁人或者拆迁公司名下,遂依法追加了拆迁方以及拆迁公司为案件第三人。

经过长达一年时间的审理,法院最终判决:陆丁享有55.25平方米的安置面积,安置房屋为该市某区1号房,被告陆乙等七人在判决书生效之日起三十日内配合陆丁办理将该市某区1号房登记至原告陆丁名下的手续。

争议焦点

1. 本案中,分家析产的对象是什么?

2. 安置房购买权的性质究竟是什么?是否可以进行分家析产?

3. 陆丁是否具有该市某区1号安置房的购买权?

审理判决

法院判决认为:因该市某区A房屋拆迁,拆迁方与陆甲等四人签订的产权调换协议书,共安置建筑面积314.04平方米的房屋,并明确约定了各人的安置面积和安置地点。现原告以各方对安置权益存在争议为由,要求对上述因拆迁取得的房产权益进行分家析产,应予准许。

根据协议,陆丙及其子陆某丙共计安置112平方米,现房安置在某某区。后拆迁方将该区2号房屋交付陆丙、陆某丙并使用至今,陆某丙当庭表示安置房屋所有权益归陆丙所有,其他当事人亦无异议。陆甲与陆丁签订协议,将其安置权益转让给陆丁,该协议经生效判决确认有效。根据该协议,在陆丁受让陆甲的房屋权益后,拆迁方将某区1号房屋交付陆丁居住使用,陆丁享有该55.25平方米的安置面积。陆甲的剩余安置面积转交给陆乙和陆某乙后,陆乙和陆某乙共享有146.79平方米安置面积,实际安置的房屋为某某某区3号房。现陆乙已死亡,其安置权益应由其妻王某、其子陆

某乙、其女陆女乙继承，三人之间的房产权益划分存在争议，不属于本案审理范围，可另行起诉。

安置给陆丁的某区1号房，陆丁已支付重置款，在陆丁办理房屋变更登记手续时，其他安置权利人有义务配合。故对陆丁该诉讼请求予以支持。

综上，依照《中华人民共和国民法通则》第七十八条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第九十条之规定，判决如下：

一、因某市A房屋拆迁签订《产权调换协议书》取得的建筑面积314.04平方米的安置房屋中，陆丙享有112平方米的安置面积，安置房屋坐落于某某区2号；陆丁享有55.25平方米的安置面积，安置房屋坐落于某区1号；陆乙的继承人王某等三人享有146.79平方米的安置面积，安置房屋坐落某某某区3号。

二、被告王某等七人在判决书生效之日起三十日内配合陆丁办理将该市某区1号房变更登记至原告陆丁名下的手续。

经典分析

一、本案中，分家析产的对象是什么？

在本案审理之初，法官便对本案中涉及的分家析产的对象产生了质疑。法官认为，由于本案涉及的安置房屋权属登记均在拆迁方和拆迁公司名下，即原、被告并未取得涉案房屋的所有权，故本案不能以房屋所有权为对象进行分家析产。那么，本案中，分家析产的对象究竟是什么，就成了本案能否继续审理的关键问题。

作为原告的代理律师，我们向法官提出了安置房购买权这一概念。我们认为，本案中，分家析产的对象就是安置房购买权。

二、安置房购买权的性质究竟是什么？是否可以进行分家析产？

这也引出了本案的第二个问题：安置房购买权的性质究竟是什么？是否可以进行分家析产？

所谓安置房购买权，是指根据安置房的房屋所有权人跟权利人之间的约定，权利人有权以一个约定的价格购买并取得房屋所有权的一种权利。

近年来，由于产权置换这一拆迁安置方式的盛行，因安置房购买权发生争议进而引起诉讼的现象已经屡见不鲜，但“安置房购买权”这一名词，在法

律层面上确实还没有明确定义。

我们认为,安置房购买权其实质是一种以优惠的价格购买安置房的权利,具有一定的经济价值,因此属于一种财产性权利。既然是一种财产权,根据民法领域“法无禁止则有权”的原则,对安置房购买权进行转让、分家析产等处分行为就不应该存在法律上的障碍。

(一)安置房购买权已作为一种财产权被审判实践所认同。

事实上,安置房购买权在实际审判案例中,已经不是一个陌生的名词。由于近几年的房产价值一直持续增长,因安置房购买权转让协议产生纠纷的案例屡见不鲜。既然安置房购买权可以作为财产权进行转让,那么从法律上来分析,也应该认为可以对其进行分家析产。

(二)各地法院以指导性意见的形式对于安置房购买权作出了一定理解。

虽然由于法律的滞后性,对于安置房购买权这一名词在法律、行政法规等层面并没有涉及,但是部分地区的法院已经根据实践情况对其作出一定的解释说明。其中,上海市高级人民法院在《关于审理宅基地房屋纠纷若干问题的意见》中就对安置房购买权的审理工作做出了一定理解,认为在安置房位置、面积等确认的情况下,安置房购买权可以进行分家析产。

因此,无论从审判实践的角度还是在法学理论方面进行分析,安置房购买权作为一种财产性权利,权利人对其进行转让、分家析产等处分行为是法律所允许的。

具体到本案,根据该市房管部门的规定,因 A 房屋发生拆迁所产生的安置房购买权,如果不进行分家析产,涉案房屋的所有权变更登记就无法办理,原、被告根本无法取得涉案房屋的所有权。而法院如果机械地认为只有房屋所有权才能作为财产性权利进行分家析产,便将产生如下一种胶滞状况:当年的拆迁方和拆迁公司已经将房屋交付给原、被告实际使用十余年,原、被告业已将购买这些安置房的房款交付给拆迁公司,但由于该市房管部门要求必须先行办理分家析产手续的规定,而原、被告之间由于自身内部利益问题又迟迟无法就安置房购买权的分配自行达成书面协议,相关房产的所有权变更登记一直无法办理,原、被告的合法权益就成了政策和法律冲突下的牺牲品,永远无法得到保护! 这不能不说是现代法制的一种悲哀。

我们根据上述意见,在庭审过程中向法院合议庭进行了充分阐述,并最终取得了理想的结果,这得益于我们对于相关信息的认真搜集,也得益于法官对于整个案件的准确理解。

三、陆丁是否具有该市某区1号房的安置购买权?

这个问题在庭审过程中一度成为原、被告双方的争议焦点,但回顾整个案件的审理过程,这并不是本案的核心问题,在此仅做简单论述。

根据陆甲等四人与拆迁方以及拆迁公司所签订的《产权调换协议》以及其他材料足以确认陆甲、陆丁最终拥有的安置面积为55.25平方米,安置房屋为某区1号房。对于这一事实,各被告在庭上也进行了确认。至于陆甲与陆丁之间的《协议书》是否有效,法院在另一个案件中已经以判决书的形式对该协议书的效力进行了确认,在本案中再无争论的必要。

因此,陆丁具有某区1号房的安置购买权是毋庸置疑的事实,任凭被告之中的某些有心人士如何狡辩,终究无法混淆黑白!

综上所述,在长达一年的审理时间内,本案所遇到的争议焦点、所体现出来的法律问题和社会现象远不止笔者在本文中所述几点,限于篇幅以及为了避免繁琐,笔者只能就本案最大的争议焦点进行评述,希望能以自身的实践为各位同行提供一点参考。

工业用地上所建房屋转让合同的效力

——评一起房屋买卖合同纠纷案

冯济桅　王　增*

在房地产市场欣欣向荣的黄金时代，房产买卖不但在住宅、商业用地上频频发生，工业用地上所建房屋也闪现着买卖双方的身影。本文试以一例工业用地上所建房屋买卖合同纠纷集团诉讼案件，探讨工业用地上所建房屋转让合同的效力。《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条的规定是对物权变动行为的禁止性规范，该禁止性规范不应当适用于物权变动行为的原因行为——债权行为，即房屋转让合同不因为该规定而无效。同样笔者认为，《中华人民共和国担保法》第四十九条的规定在学理上有违于物权法的原理及立法精神，在司法实践中法官也出于交易安全及交易效率等因素考虑在一定程度上排除了第四十九条的适用。

案情简介

赵某、姚某(以下简称原告)等因与某电子电源有限公司(以下简称被告一)、某房地产经营销售咨询有限公司(以下简称被告二)产生房屋买卖合同纠纷，分别于2008年、2009年8月起诉至法院。法院先后受理58件案件，形成了集团诉讼。原告的诉请和理由基本类似，简摘如下：

原告诉称，被告一为某科技大厦的开发企业，被告二为被告一房产销售的代理机构，原告与被告一、二签订了《房屋转让合同》，约定被告一将某科技大厦的部分房屋转让给原告，原告依约支付了首期房款，被告一亦交付了房屋。原告认为被告一没有取得商品房预售许可证，且所销售房屋的土地使用权性质为工业用地，违反法律规定，要求：(1)确认三方签订的《房屋转

* 冯济桅，男，毕业于中国政法大学，从事建筑与房地产领域，浙江浙经律师事务所律师。
王增，男，毕业于浙江师范大学，从事建筑与房地产领域，浙江浙经律师事务所律师。

让合同》无效;(2)被告一、二返还购房款,承担包括赔偿利息损失、赔偿已付购房款同等数额的金钱在内的违约责任。

后经法院对《房屋转让合同》的效力进行释明,原告将诉讼请求作完全相反的变更:1. 确认原告与两被告签订的《房屋转让合同》有效;2. 判令两被告按合同的约定承担不能按期办证的违约金;3. 本案的诉讼费用由两被告承担。

争议焦点

本案争议的主要焦点有:一、《房屋转让合同》是否有效?二、原告是否有权主张违约金,主张违约金的数额是否合理?三、两被告是否需要承担连带责任。综观全案,《房屋转让合同》是否有效成为争议的核心焦点。若《房屋转让合同》无效,则两被告只能基于缔约过失责任作相应请求;若《房屋转让合同》有效,原告才能基于有效的《房屋转让合同》请求两被告承担包括约定违约金在内的违约责任。

1. 原告们都不约而同地坚称工业用地上的《房屋转让合同》无效,这也代表了目前司法实践中常见的一类观点。其理由主要有:(1)被告一没有取得商品房预售许可证,且所销售房屋的土地使用权性质为工业用地。(2)涉案大厦的房屋至今未能通过综合验收,仍是一个在建工程,根据《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条第(六)项规定,未依法登记领取权属证书的房地产不得转让。(3)根据《杭州市人民政府关于集约利用和盘活工业用地的若干意见》(杭政函〔2005〕166 号)第八条、杭州市国土资源局《关于土地市场管理中涉及补办土地有偿使用手续问题的规定》(杭土资〔2006〕96 号)第三十八条的规定,以协议方式取得的工业用地性质的涉案大厦只允许整体转让,不得分割转让。(4)即使允许在建工程进行分割转让,被告一先后两次将涉案大厦的房屋抵押给银行,并进行了登记,但在与原告签订转让合同时,并未将设定抵押的事实告知原告。按照《担保法》第四十九条之规定,《房屋转让合同》应为无效。(5)根据(杭土资〔2008〕228 号)《关于进一步加强土地市场管理规范补办有偿使用手续等有关问题的规定》第二十八条的规定,涉案大厦如要将其工业用地性质改变为商业、商品住宅等经营性用地,应将土地使用权交回政府,以招标、拍卖或挂牌方式重新公开出让。而按此程序,必然导致签订的《房屋转让合同》无法履行。被告一根本无法控制政府的相应行为,也不能确保政府重新出让土地的相应结果,况且对于涉案地块的土地使用权重新公开拍卖也无法保证竞得,合同根本无法

履行,双方的合同目的也无法实现。

2. 被告一则认为《房屋转让合同》应当有效:(1)合同标的物不是商品房,不应适用有关商品房销售、管理的法律、法规和司法解释,应适用《民法通则》、《合同法》的规定。(2)原告购房时已明知所买房屋为被告一自有存量的科研办公楼,土地性质为50年的工业用地,被告一并未隐瞒相关事实。从被告一的名称和经营范围,均可直接了解到被告一不属于房地产开发企业。《房屋转让合同》文本、名称及份数,也与商品房买卖通用的范本格式不同。被告一出具的收款收据,也不是商品房的正式销售发票。从合同的第一条以及有关办理房产证条款及违约责任条款、土地证分割及办理条款和相应的违约责任条款、购房后土地出让金补缴及日后房屋上市交易产生的土地出让金、各项税费、手续费的责任分摊等条款的内容看,原告已对该房屋的各项基本情况作了充分了解。被告一对原告并没有欺诈行为,合同应当有效。

审理判决

法院在原、被告双方举证、质证、辩论的基础上,经过调查审理,围绕上述争议焦点作出了认定,进一步结合双方的其他证据,最终做出确认《房屋转让合同》有效、被告一酌情支付原告违约金、并且原告以后不得再对被告一逾期办证的违约行为另行主张违约金、驳回原告其他诉讼请求的判决。法院判决认为《房屋转让合同》有效的理由罗列如下:

(1)《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条第(六)项的规定并不限制当事人对房屋进行处分,即并不影响当事人的房屋转让合同的效力。房屋转让的行为未违反法律、行政法规的效力性强制性规定,应为有效的法律行为。

(2)《中华人民共和国担保法》的相关规定旨在保护抵押权人及买受人的利益,在保障抵押权人及买受人利益的情况下,转让行为不当然无效。

(3)原告与被告一、二三方签订的《房屋转让合同》系当事人真实意思表示,不违反法律、行政法规的效力性强制性规定,应认定有效。

经典评析

原被告双方就讼争房屋进行转让的行为在本质上是一种民事行为,是民事行为中的合同行为。故该房屋转让行为是否有效须符合民事行为有效的基本要件。按照我国法学界的通行观点,民事行为有效的要件有:行为人

具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律或者社会公共利益。[1] 合同有效的要件有：行为人具有相应的民事行为能力；意思表示真实；不违反法律或者社会公共利益；合同标的须确定和可能。[2]《中华人民共和国合同法》第五十二条：有下列情形之一的，合同无效：……第（五）项规定违反法律、行政法规的强制性规定。在本案中，争议的核心焦点是《房屋转让合同》是否因违反了《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条第（六）项及《担保法》第四十九条规定而无效。

一、《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条第（六）项的规定并不限制当事人对房屋进行处分，即并不影响当事人的房屋转让合同的效力。

按照《中华人民共和国城市房地产管理法》第二条的规定（在中华人民共和国城市规划区国有土地（以下简称国有土地）范围内取得房地产开发用地的土地使用权，从事房地产开发、房地产交易，实施房地产管理，应当遵守本法），本案讼争的房屋处于城市规划区的国有土地。故适用《中华人民共和国城市房地产管理法》的规定当无异议。

《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条第（六）项规定，未依法登记领取权属证书的房地产不得转让。如果机械地理解《中华人民共和国合同法》及《中华人民共和国城市房地产管理法》的规定，则《房屋转让合同》的无效应该没有多大的异议。但法律实施不能不考虑到法律的基本原则，不能不考虑可能引起群体性事件的后果。为此，司法实践中在数年以前就对此矛盾进行了绕路式的解释。

最高人民法院终审的上诉人某花园置业有限公司与某鑫苑置业有限公司土地使用权转让合同纠纷一案中判决书认定：此外，《城市房地产管理法》第三十八条的规定是行政管理部门对不符合规定条件的土地在办理土地使用权属变更登记问题上所作出的行政管理性质的规定，而非针对转让合同效力的强制规定。

上述案件的法官们出于诚实信用原则的考虑，运用民法理论中物权行为和债权行为独立的理论，巧妙地将《城市房地产管理法》第三十八条认定为是对物权变动行为的禁止性规定，不能规范物权变动原因的债权行为。

---

① 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 196 页。

② 崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2003 年 3 月第 3 版第 70－72 页。

在学理上,学术界认为物权变动的原因及物权变动的结果是两个法律事实。[①] 物权变动的原因有很多,如买卖、继承等,买卖是物权变动的主要原因。在我国民法体系中,买卖行为是一种合同之债,换言之,是一种债权行为,合同以要约承诺一致为成立。

物权变动实质上是一种物权行为。物权变动的主要原因及物权变动的后果即物权行为的区分始于长于思辨哲学的德国,如有德国学者认为:"当契约和权利转移的关系表现为后者是前者的履行、前者构成后者的理由或原因时,两者将被分别抽象地视为两个行为,尽管在法律事实中他们构成一个整体"。[②]

物权行为及债权行为的区分因为在清末修律时从日本传入中国,虽然长于感性思维的中国人很难理解物权行为及债权行为的区分,也常常对物权行为及债权行为区分的必要性存有疑问。但物权行为及债权行为的区分在包括台湾法学界在内的中国法学界深深扎根。关于物权行为在法律上没有明确的定义。学者们试图对物权行为下定义,如胡长清、史尚宽等前辈都下了定义。台湾的杨兴龄先生给物权行为下的定义是:物权行为,无论为单独行为或双方行为变动为内容者,除意思表示外,尚需具备法定方式始能成立。即物权行为系以不动产物权变动为内容者,除意思表示外,尚须具备登记之方式;物权行为系以动产物权之变动为内容者,须交付之繁盛,始能成立。"登记"及"交付"同为物权变动之象征(即公示方法)。完成此项方式之行为,始属物权行为,并即发生物权得丧变更之效果。故所谓物权行为者,依法定方式(登记或交付)为物权变动之意思表示而成立之法律行为也。[③] 简而言之,以房屋买卖为例,房屋买卖行为中包含有两个行为,即基于房屋买卖合同的债权行为和基于所有权转移为目的的物权行为。就本案而言,《房屋转让合同》是一个债权行为,须以合同法等债法加以调整。而《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条第(六)项的规定应当理解为房屋物权变动的条件,即不符合该条件的房地产不得进行转让登记,不得进行物权变动的相应登记,该条规定仅仅针对物权变动的物权行为,但不能约束前面的债权行为。物权行为与债权行为的区分已经在我国物权法中得到确

---

① 刘俊贤浅析《物权法》实施与《城市房地产管理法》第三十八条规定的理解适用。http://liujunxian.5law.cn/lawyer/cn_lawyer/shownews.asp? id=585

② 罗伯特·霍恩等著,楚建译:《德国民商法导论》,中国大百科全书出版社 1996 年 12 月第 1 版第 73 页。

③ 杨兴龄编著:《民法物权》,五南图书出版公司 1981 年 9 月初版第 10 页。

认。《物权法》第十五条规定："当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。"

涉案大厦系经国家合法审批建造，虽至今未取得房屋所有权证，但其产权明晰，故对房屋进行转让的行为未违反法律、行政法规的效力性强制性规定，应为有效的法律行为。虽然判例不是我国法律规定的法律形式，但审理本案的法官依在先判例进行审理判决也符合司法之不成文惯例。

二、《中华人民共和国担保法》的相关规定旨在保护抵押权人及买受人的利益，在保障抵押权人及买受人利益的情况下，转让行为不当然无效。

《担保法》第四十九条规定，抵押期间，抵押人转让已登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。《担保法》施行后，司法实践中普遍认为这样的规定比较僵化，所以在后来的司法解释中作了调和。如《最高人民法院关于〈担保法〉的若干问题的解释》第 67 条规定：对于已登记的抵押，抵押权人有追及效力，买受人也有代为清偿消灭抵押权后向转让人追偿的权利。《物权法》更是以基本法律的形式将上述司法解释转为法律。《物权法》第一百九十一条第二款规定：抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

抵押权虽然为实现债权而设立，但在性质上属于物权的一种应无争议。从《担保法》第四十九条的规定可以看出，抵押人对抵押物的处分权受到较严格的限制。

有学者认为，《担保法》第四十九条规定不符合物权法的相应原理。抵押人对于抵押物享有所有权，只要不影响抵押权人的优先受偿，抵押人当然可以自由处分抵押物，对抵押物进行分割或转让，这种处分权不应受到抵押权人意志的限制。在确立了抵押物的处分应当受抵押权追及效力的限制的情况下，没有必要限制抵押人对抵押物的处分权，包括对抵押物的转让行为。[1]

更有学者从比较法及法律经济学角度对《担保法》第四十九条提出批

---

① 刘凯湘、张劲松：《抵押担保问题研究》，http://zjbar.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp? Db=art&Gid=335572006

评,建议立法机关进行修改。[1]

司法界的法官们也早在司法判例中运用法律理论突破现有的法律规定。

如在2005年,贵州省高级人民法院在百花公司诉浩鑫公司买卖合同纠纷案的终审判决书中写道:抵押权设定后,抵押人对抵押物的所有权并未丧失,而所有权中就包括了对物的处分权。抵押人并非不能向他人转让抵押物,只是应当在转让时履行通知抵押权人和告知受让人的义务。抵押人不履行通知、告知义务就转让抵押物,只要在转让后抵押人向抵押权人清偿债务,或者受让人在得知受让物上有抵押权后代抵押人清偿债务,使物上设定的抵押权消灭,转让仍可以有效。[2]

2008年,最高人民法院在索特公司与新万基公司土地使用权转让合同纠纷案的判决书中有这样的表述:根据《中华人民共和国物权法》第一百九十一条、《中华人民共和国担保法》第四十九条的规定,抵押期间抵押人转让抵押物,应当通知抵押权人并经抵押权人同意,否则转让行为无效。但《中华人民共和国物权法》第一百九十一条以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六十七条还同时规定,未经通知或者未经抵押权人同意转让抵押物的,如受让方代为清偿债务消灭抵押权的,转让有效。即受让方通过行使涤除权涤除转让标的物上的抵押权负担的,转让行为有效。[3]

具体到本案,法官认为:涉案房屋的第一次抵押登记,虽发生在《房屋转让合同》之前,但其已注销,使相应抵押权归于消灭,故房屋转让行为并不影响抵押权人及买受人的实质权利,现再依此主张合同无效,于法无据。至于抵押登记注销后的第二次抵押,因系发生在《房屋转让合同》之后,不影响合同的效力。应该说,本案的法官继承发扬了司法判例的精神,对现有的法律作了一定的突破。《房屋转让合同》签订之时,双方要约、承诺一致,合同即

---

① Dale A. Whitman教授著,金锦萍、喻莉译.中国物权法及不动产法国际研讨会——美国的经验及其对中国的借鉴意义(十六)http://zjbar.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp? Db=art&Gid=335545565

② 百花公司诉浩鑫公司买卖合同纠纷案,2005.09.28贵州省高级人民法院 http://zjbar.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp? Db=cas&Gid=33621828

③ 最高人民法院(2008)民一终字第122号,重庆索特盐化股份有限公司与重庆新万基房地产开发有限公司土地使用权转让合同纠纷案 http://zjbar.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp? Db=cas&Gid=33723193

告成立。合同成立后，国家的法律通常即应当对其合同法性（合同的效力）进行评判。换而言之，合同成立后，合同是有效、无效、相对有效、相对无效即应有结论。本案的判决出于均衡利益的需要，将对《房屋转让合同》的效力评判推后了；而后又认为第二次抵押登记在合同成立之后，不影响合同的效力。仔细推敲，判决对于合同效力认定的时间节点用了不同标准，有违于逻辑。

综上，本案的判决运用物权法的相关原理、参照在先的司法判例，区分了物权行为及债权行为，排除了《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条的规定对《房屋转让合同》效力认定的适用，又创造性地排除了《担保法》第四十九条在《房屋转让合同》效力认定上的适用，以达到均衡各方利益，防止群体性事件发生之目的。另，虽然我国不允许法官造法，但司法判例在司法实践中起到了越来越大的作用。



交房义务与责任之承担

——田某与章某房屋转让合同纠纷案评析

舒　军*

案情简介

田某作为乙方(买方)与甲方章某(卖方)于2010年3月24日签订一份《房屋转让合同》,约定章某将其一套商品房以总价195万元的价格转让给田某。合同第三条约定的付款方式为:"在合同签订之日起3个工作日内,乙方将房屋首付款人民币壹佰贰拾伍万元整交予委托代理机构所在保证金账户,剩余房款计人民币柒拾万元由委托代理机构代为乙方向银行和公积金中心申请组合按揭贷款。待该房屋首付款汇入保证金账户后的3个工作日内,保证金账户代为乙方支付首付款给甲方;待甲方的《契证》、《房屋所有权证》、《国有土地使用权证》过户至乙方名下并银行放款之日起3日内(需以甲乙双方结清所有的水、电、物管费、户口迁出且交房结束为前提)保证金账户代为乙方支付剩余房款计人民币柒拾万元整给甲方";合同第四条约定交房方式为:"待甲方可提取全额房款当天交房";合同第六条约定甲方逾期交房的违约责任:"除不可抗力的因素外,甲方未按本合同第四条约定的时间交房的,乙方有权按累计已付款向甲方追究违约利息,自合同规定的最后交付期限之第二天起至实际交付之日止,月利息按3%计算。逾期交房超过7天,乙方有权按下述第(1)种约定追究甲方的违约责任:(1)甲方向乙方支付违约金共计人民币150000元整,合同继续限期履行";合同第十一条约定"本合同在履行中发生争议,由甲、乙双方协商解决。协商不成的,甲、乙双方同意采用以下第1种方式解决。1. 由某仲裁委员会仲裁。"

房屋转让合同签订后,田某于2010年3月27日向委托机构的保证金

* 舒军,专职律师,主要业务领域为民商事诉讼与非诉讼法律事务。

账户打入人民币125万元整,2010年5月田某获得银行和公积金组合按揭贷款,2010年5月25日田某与章某进行了物业交接,章某将报箱钥匙、门卡、其他钥匙交予田某,结清物业费、水电费等,双方签署了《物业交接表》,被申请人当日取得余款人民币70万元整。但田某认为章某违反合同的约定,经多次要求仍未履行交房义务,其行为已构成违约,应承担违约责任。为此,田某根据合同的约定向仲裁委员会申请仲裁,请求:1. 被申请人章某向申请人田某支付违约金150000元整;2. 由被申请人承担本案仲裁费用。

章某作为被申请人在庭审时辩称:申请人的陈述与事实不符。根据申请人与被申请人签订的《房屋转让合同》第三条第3项约定:被申请人取得剩余房款需以买卖双方结清所有水、电、物管费、户口迁出且交房结束为前提,及第四条第2项约定的交房方式为被申请人可提取全额房款当天交房。被申请人之所以能在2010年5月25日取得全部房款,是在申请人认可被申请人已交房的情况下方可取得,由此说明被申请人已按约交房。2010年5月25日申请人与被申请人进行了物业交接,被申请人将报箱钥匙、门卡、其他钥匙都交予申请人,同时,被申请人结清了物业费、水电费等,双方签署了《物业交接表》,亦证明被申请人已按约交房,且申请人当时是认可这一事实的。因此,申请人主张被申请人违约没有事实依据。

争议焦点

本案的争议焦点主要有两点:一是买卖双方在签订《房屋转让合同》时或之前,卖方章某有无告知买方田某转让的房屋已出租给第三人的事实,或者说买方田某是否知道受让的房屋由第三人租赁使用的事实?二是2010年5月25日申请人与被申请人签署《物业交接表》的行为是否构成交房义务的完成?

审理判决

申请人为证明自己的主张,共向仲裁庭提交了5份证据:证据1为买卖双方签订的房屋转让合同,以证明申请人与被申请人作为合同当事人双方的权利义务关系;证据2为委托书,以证明申请人可全权处理案涉房屋转让有关的所有事宜;证据3为一份房屋租赁合同,以证明被申请人于2009年6月25日将案涉房屋出租给第三人,租赁期限为2009年6月25日至2011年6月24日;证据4为一份物管证明,以证明租客于2010年7月28日从案涉房屋搬走、被申请人未实际交房且逾期已超过7天;证据5为物管物品放行条,证明的内容同证据4。

被申请人为反驳对方的主张，向仲裁庭提交了4份证据：证据1为2010年5月25日买卖双方签署的物业交接单，以证明被申请人已按约交房；证据2为委托代理合同，以证明申请人与被申请人关于本案房屋转让的居间方是某房屋置换有限公司；证据3由一份情况说明和一份证明书组成，以证明被申请人在与申请人签订房屋转让合同时已告知房屋存在租赁的事实，并申请居间方的经办人陈某出庭作证，以证明上述事实；证据4为一份提前终止合同协议，以证明被申请人在交房前与承租人提前终止了房屋租赁合同。

仲裁庭经庭审后认为，申请人与被申请人签订的《房屋转让合同》合法有效，申请人在取得了案涉房屋的所有权后，明知案涉房屋仍有承租人居住的情况下，申请人与被申请人仍然进行了物业交接，被申请人将报箱钥匙、门卡、其他钥匙交予申请人，结清物业费、水电费等，双方签署了《物业交接表》，并且未在其中注明交房行为的瑕疵；另外，根据合同的约定，被申请人取得剩余房款应当以交房结束为条件。综上，可以认定被申请人已经适当履行了合同约定的义务，被申请人不应承担本案案涉的违约金。申请人认为被申请人逾期交房的理由不成立，其请求仲裁庭不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百二十五条第一款、《中华人民共和国仲裁法》第五十一条第一款、第五十七条的规定，裁决如下：

一、驳回申请人的仲裁请求；

二、本案仲裁费用由申请人承担。

本裁决为终局裁决，自作出之日起发生法律效力。

经典分析

本案是一起房屋转让过程中因交房而产生的纠纷案件，问题的关键在于查清被申请人卖方章某与申请人买方田某签订《房屋转让合同》时或之前，申请人是否知晓房屋存在租赁关系，或者说被申请人有无告知申请人所售的房屋存在租赁关系，这关系到买卖双方签署《物业交接表》的行为是否构成卖方交房义务的完成。虽然焦点问题很明确，但申请人在仲裁申请书中对此只字未提，在立案时所提交的证据也未涉及这一关键性问题。也许是申请人田某和代理人意识到这一问题的关键性，从办案技巧上考虑有意在申请书中对此隐而不提，想以此麻痹申请人，从而在庭审中达到出奇制胜的效果。事实也的确如此，在仲裁庭规定的举证期限的最后一日，申请人向仲裁庭提交了用以证明被申请人将案涉房屋出租给第三人的证据。

从申请人向仲裁庭提交的证据来分析，其提交的证据3房屋租赁合同、证据4物管证明及证据5物管物品放行条，即是用以证明被申请人章某将案涉房屋出租给了第三人，在合同约定的期限内未实际交房且逾期交房超过7天，按合同中逾期交房违约责任的规定，被申请人应支付150000元违约金。在这三份证据中，证据3房屋租赁合同为书证，且有被申请人章某的签字，因此，该份证据的真实性、合法性和关联性是不容置疑的。证据5物品放行条也为书证，是案涉房屋所在小区的物业公司对承租人于2010年7月28日搬出房屋的放行条，这一证据的真实性也得到了仲裁庭的认可。在如此强有力的证据下，被申请人章某不仅无法否认将案涉房屋出租给第三人的事实，且未按《房屋转让合同》第四条约定的"待甲方可提取全额房款当天交房"也已是事实。被申请人提取全额房款的时间为2010年5月25日，至承租人于2010年7月28日搬出案涉房屋的时间已远超7天，因此，被申请人面临着向申请人田某支付150000元违约金的风险。被申请人如要摆脱这一风险，唯一可以做的就是提供证据证明在与申请人签订《房屋转让合同》时或之前，已经告知申请人或申请人知道案涉房屋已经出租给第三人的事实，且申请人对此是认可的。

虽然申请人在仲裁申请书及先期提交的证据材料中只字未提有关案涉房屋存在租赁的问题，且仅在仲裁开庭前两天才收到申请人后期提交的全部证据材料，但在被申请人接到仲裁申请书副本后，被申请人与代理人还是有针对性地收集、整理了有关证据，并及时地提交给仲裁庭，同时申请证人陈某即居间方的经办人出庭作证。被申请人向仲裁庭提交的证据3由一份《情况说明》和《证明》组成，与证人陈某的证言共同证明在被申请人与申请人签订《房屋转让合同》时，被申请人已明确告知申请人案涉房屋已出租给第三人，且申请人对此无异议的事实。在庭审调查时，被申请人的代理人向申请人发问，申请人在居间方工作人员的陪同下实地查看案涉房屋时，是否知晓当时房屋正由承租人使用的事实？申请人的回答是知道有第三人在承租房屋，只是不知道房屋的租赁期限。申请人的回答与被申请人提交的证据3及证人陈某的证言相互印证，进一步证明买卖双方在签订《房屋转让合同》时及之前，申请人对案涉房屋存在租赁关系是明知的。根据"买卖不破租赁"的原则，被申请人将房屋转让给申请人后，原租赁合同对受让人即申请人同样具有约束力，承租人在租赁期限内可以继续租赁案涉房屋，但不影响被申请人向申请人交房。

除此之外，根据买卖双方签订的《房屋转让合同》第三条付款方式中规

定："……待甲方的《契证》、《房屋所有权证》、《国有土地使用权证》过户至乙方名下并银行放款之日起 3 日内(需以甲乙双方结清所有的水、电、物管费、户口迁出且交房结束为前提)保证金账户代为乙方支付剩余房款计人民币柒拾万元整给甲方。"第四条规定"待甲方可提取全额房款当天交房。"由此可见，被申请人取得剩余或者说全部房款以交房结束为条件。2010 年 5 月 25 日，申请人与被申请人进行了物业交接，被申请人将报箱钥匙、门卡、其他钥匙交予申请人，结清物业费、水电费等，双方签署了《物业交接表》，申请人未对房屋的交接提出任何异议，有被申请人向仲裁庭提交的《物业交接表》为证。被申请人于双方签署《物业交接表》的当日取得余款人民币 70 万元整。

本案经庭审调查以后，关键性的问题已经解决：一是申请人在与被申请人签订《房屋转让合同》前已经知道案涉房屋租赁给第三人使用的事实，且对此无异议。虽然申请人述称不知房屋租赁的期限，但从实地看房到正式签订《房屋转让合同》只有短短的几天时间，其应当完全预料到房屋所有权过户后租赁关系仍然存在的极大可能性；二是被申请人的证人陈某证实，在签订《房屋转让合同》时，被申请人已明确告知申请人房屋出租给第三人使用的事实，申请人对这一事实是认可的，这也是与被申请人陈述在实地看房时知道有第三人在承租房屋的事实相符的；三是买卖双方签署了《物业交接表》，申请人并未对房屋交接提出任何异议，且被申请人在交房结束后顺利地取得了房屋余款。至此，仲裁结果实际上已经明朗，即申请人认为被申请人逾期交房的理由难以成立，其仲裁请求将得不到仲裁庭的支持。

谨慎地分析案情，被申请人赢得本案似乎有些侥幸。首先，申请人与被申请人发生案涉房屋的买卖关系，是通过居间方某房屋置换有限公司进行的。通常情况下，在买卖双方签订正式的房屋转让合同之前，居间方会要求买卖双方与居间方签订房屋买卖居间协议，约定与房屋买卖有关的主要情况，如房屋的坐落、价款、款项的支付方式、房屋是否存在租赁关系、附属设施、交易税费的承担及居间代理费的支付等等。本案也不例外，在签订正式的《房屋转让合同》之前，买卖双方与居间人曾签订过案涉房屋的《二手房买卖居间协议》。居间协议通常是在买方实地查看过房屋后有购买意向才签订的，该协议通常是居间方事先拟定好的格式文本，本案买卖双方与居间人签订的《二手房买卖居间协议》也是如此，其中就有关于案涉房屋是否设定了租赁关系的规定，而且规定的是不存在租赁关系。并不是被申请人向仲裁庭提供虚假证据，而是居间方在填写居间协议时疏忽大意造成的，这也是

居间人愿意出庭作证澄清事实的主要原因。但不知是申请人的疏忽，还是申请人遗失了这份协议，竟未将这份协议作为证据向仲裁庭提交。书证乃证据之王，如申请人向仲裁庭提交了这份《二手房买卖居间协议》，无论是被申请人还是居间人均将处于有口难辩的尴尬境界，被申请人承担支付150000 万元违约金的风险将会因此而加大。

其次，申请人在回答被申请人的代理人问题时的大意，也是导致其仲裁请求得不到支持的重要原因。前已述，本案的关键性问题是申请人是否明知在签订合同时案涉房屋是否已租赁给第三人使用的事实。但申请人在回答被申请人的代理人关于申请人在实地看房过程中是否知晓有承租人正在使用房屋的问题时，竟然回答说知道的，这等于否定了申请人认为被申请人未将房屋实际交付的主张，与其仲裁请求存有矛盾。如从赢得案件技巧的角度考虑，申请人完全可以否认在看房时知道案涉房屋已租赁给第三人使用的事实，可以认为是被申请人自己在使用，这又将增加被申请人承担违约责任的风险。

最后，买卖双方在签署《物业交接表》时的疏忽，是发生本案仲裁的直接原因。双方签署的《物业交接表》上只对报箱钥匙、门卡、其他钥匙、物业费、水电费等作了记载，只字未提案涉房屋存在租赁关系的事实。对申请人来说，如受让该房是为了自己尽早可以使用，那么在签署《物业交接表》时，应注明房屋使用权的状况及房屋使用权的交付时间，且在房屋使用权交付之前，不应同意将余款支付给被申请人。如此被申请人一旦逾期无法交付，无疑将承担违约责任。而对被申请人来说，虽然在签订合同时及之前已经告诉申请人案涉房屋已出租给第三人使用的事实，且申请人对此是认可的，但三方签订的《二手房买卖居间协议》中约定的是房屋无租赁关系，应当敏感意识到这是个极大的隐患，在签署《物业交接表》时，对房屋存在租赁关系的事实应浓重地注上一笔，排除自己的后顾之忧。但正因为申请人与被申请人各自的疏忽，导致发生本案仲裁纠纷。

由此可见，本案裁决结果还原了客观事实，申请人在签订购房合同（包括居间协议和正式的房屋转让合同）时，对受让的房屋已有承租人在承租的事实是明知，且对此是无异议的。根据《合同法》第二百二十九条之规定："租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。"即买卖不破租赁的原则，承租人在租赁期限内仍然可以使用案涉房屋，但并不影响被申请人按约交付房屋，被申请人不因案涉房屋有第三人在租赁使用而承担逾期交房的违约责任。

虽如此,但不妨从另一个角度来分析此案。假设卖方即被申请人章某在与买方即申请人田某签订合同时及之前未告知所售房屋存在租赁关系,或者说申请人田某向仲裁庭提交了《二手房买卖居间协议》,以此证明卖方在协议中明确告知的是房屋不存在租赁关系,从而章某存在违约交房的事实,被申请人章某是否必然承担不能实际交房的违约责任?笔者认为,房屋存在租赁关系虽是本案发生的导火索,但卖方并不会因此而必然承担违约责任。是否承担违约责任,关键在于买卖双方在房屋交接时买方有无对此提出异议。在房屋交接时,买方对自己所购买的房屋的使用状况有义务也有权利作全面的了解,因此,如房屋存在租赁给第三方使用的情形,买方应当是可以发现的,并可在拒收房屋的情况下追究卖方的违约责任,或者在与卖方签署的《物业交接表》上写明对此的异议,以备后续维权。如买方在与卖方办理房屋交接手续时,对房屋存在租赁关系的事实未提出异议,或者说因买方自身的马虎,未实地看房交接,或者说虽实地看房交接,但对房屋正由他人占用的现象未表示异议,而是与卖方签署《物业交接表》完成交接,那么这实际上是买方对房屋使用现状的认可。事后买方再以卖方交付的房屋存在权利瑕疵为由要求卖方承担违约责任,无疑是困难的。



浅谈建设工程造价结算及利息的起算问题

——浙江某建设有限公司诉浙江某置业有限公司建设工程施工合同纠纷案评述

赵全强　周　斌*

案情简介

原告：浙江某建设有限公司

被告：浙江某置业有限公司

2003 年 4 月 20 日，浙江某置业有限公司（以下简称“建设单位”）就其投资开发的某工程公开招标，后浙江某建设有限公司（以下简称“施工单位”）中标，中标通知书明确工程范围为工程的土建、水电工程，综合费率报价 7%，承包方式为包工包料。

2003 年 5 月 30 日，施工单位与建设单位签订《建设工程施工合同》，约定施工单位作为承包人承建工程，开工日期以发包方发出开工通知后第三天起算，合同工期 595 天，合同价款 134690000 元，合同价款采用固定价格合同，在施工期间，除设计变更外，其余均一次性包死。

2003 年 6 月 10 日，施工单位与建设单位签订《施工承包补充协议》（以下简称“补充协议”），约定建设单位以包工包料方式，按招标文件相应条款内容将工程承包给施工单位，暂定单方造价 600 元/㎡，合同总价款 80814000 元；结算执行 1994 年版《浙江省建筑工程预算定额》（以下简称 94 定额），综合费用按直接费 6%计取，其他费用施工单位均不得计取，超高增加费和垂直运输增加费按 94 定额的 50%计算，施工期间若遇政策性造价

---

* 赵全强，男，毕业于浙江大学，法学硕士，从事建筑施工与房地产法律事务，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

周斌，男，毕业于华东政法大学，法学硕士，从事建筑施工与房地产法律事务，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。



文件调整本工程概不执行。材料的信息价格根据施工期间市区建材信息价下浮5%相应取定。

此后,施工单位按约进场施工。至2006年1月份,施工单位基本完成施工。建设单位在未经验收的情况下,于2005年底将工程逐步交付用户装修入住。2006年1月18日,施工单位与建设单位签订补充协议,约定施工单位应在2006年3月31日之前提交完整的工程结算资料,建设单位在收到结算资料4个月内完成审计。

施工单位于2006年6月14日、8月23日向建设单位提交了工程结算资料。按照结算资料,工程总造价为127433969元,其中未包括另行计算的工程联系单、签证单及相关钢筋价差费用,建设单位已经支付工程款96230000元。2007年5月23日,施工单位与建设单位签订《谅解备忘录》,双方同意工程质量达到合格要求,同意取消施工单位施工在岗时因工期延误的奖罚条款。

因双方就工程款结算产生纠纷,2007年4月20日,施工单位诉至法院,请求法院判令建设单位支付工程款约31203969元并自2006年12月24日起支付拖欠工程款利息至工程款支付完毕日止。一审庭审过程中,经法院委托鉴定,鉴定机构于2008年7月14日出具鉴定报告,根据双方当事人的质证意见,鉴定机构在2009年12月25日作出《补充报告》,确定工程造价为116813719元(未包括有争议费用2008985元,其中劳保统筹基金1903850元,内墙保温砂浆105135元)。2010年3月6日,鉴定机构作出《关于补充报告的说明》。2010年5月31日,建设单位向法院提交鉴定机构作出的《修正报告》,根据该报告,工程造价为109257705元。

争议焦点

1. 关于工程价款结算

(1)中标合同之后又签订补充合同,结算以哪份合同为准?

(2)文明施工增加费及劳保统筹基金由谁承担?

(3)超高增加费及垂直运输费是否应按94定额的100%计算?

(4)鉴定机构作出的《修正报告》能否采信?

2. 关于利息的起算时间

审理判决

一审法院经多次开庭审理及调查取证,就主要问题判决如下:

施工单位与建设单位签订的建设工程施工合同系双方真实意思表示,

内容不违反法律规定，合法有效。补充协议虽系双方真实意思表示，但有与中标合同不一致的实质性内容变更，故对该部分认定无效，以中标合同为准，补充协议的其余部分应认定有效；关于文明施工增加费及劳保统筹基金，由于在施工合同签订前就有规定，而在补充协议中明确约定其他费用不得计取，应在造价中扣除；关于超高增加费及垂直运输费，根据补充协议，按94定额的50%计算；关于《修正报告》，因施工单位不予认可，且法院未曾要求鉴定机构出具《修正报告》，故对该证据不予认定。

关于利息的起算时间，根据《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用问题的解释》(以下简称"《解释》")第十八条第(三)项的规定，本案工程未经双方交付，也未经结算，故原告起诉之日为应付工程款之日，应从次日起计算应付工程款利息。

综上，判决建设单位于判决生效之日起10日内支付施工单位工程款20839050.5元，并赔偿利息损失(从2007年4月20日计算至清偿日止)。

一审判决后，双方都不服，提起上诉。施工单位上诉称一审法院在《补充报告》的基础上判决是正确的，不应采信《修正报告》，文明施工增加费、劳保统筹基金应计入工程造价，超高增加费和垂直运输费应按94定额的100%计算，利息应从施工单位提交结算资料提交后第29天起算。建设单位上诉称应采纳《修正报告》并据其计算工程造价，利息应按补充协议关于"决算审核完成后30日内，审定的结算造价支付到97%"的约定，从《修正报告》作出之日后第31日起算。二审法院经开庭审理，就主要问题判决如下：

一、关于工程造价问题

1. 关于文明施工增加费。(1)文明施工增加费的设置目的是为了促进建设工地的标准化建设，本案工程已获文明施工标准化工地荣誉，应当给予相应奖励；(2)浙江省建设工程造价管理总站建站函〔2009〕22号《关于工程计价问题的答复》明确指出综合费率不包括文明施工费，招标文件也要求按照市建〔2002〕127号文件的规定在合同中加以明确，签订施工合同不能背离招投标文件的实质性内容，文明施工增加费应按工程标化评定结果计取费用；(3)市建设工程安全监督站有明确意见要求建设单位向施工单位支付该项费用；(4)如果施工单位达不到市级标准化工地，合同约定要施工单位按约定奖金的两倍扣除，从奖惩一致的原则也应由建设单位支付文明施工增加费。

2. 关于劳保统筹基金。《浙江省建筑安装工程费用定额》第九章说明第四条规定建筑安装工程综合费率,不包括劳保统筹基金,该项费用由统筹管理机构按工程造价的1.6%单独计算。《关于规范建设施工企业劳动保险费用计取办法的通知》(浙建建〔1998〕12号)将按1.6%计取的行业劳保统筹基金调整为按直接费的2%计算。本院认为,根据相关文件规定,劳保统筹基金统一计取后,劳保费仍列入工程造价,但不参与竞争,即在工程招标和投标时,不列入标底和标价,并且建设单位不得将应缴纳的劳保费转嫁给施工单位。因此,劳保统筹基金应由建设单位承担,其费用不包括在计入工程造价的综合费率中。补充协议第二条与浙建建〔1998〕12号文件的规定并不矛盾,建设单位应承担劳保统筹基金。

3. 关于超高增加费及垂直运输费。招标文件和中标通知书对此无特别约定,补充协议约定按94定额的50%计算,体现了双方的真实意思表示,与招标文件、中标通知书没有冲突,鉴定机构根据补充协议计取,并无不当。

4. 关于《修正报告》。鉴定机构先后于2009年10月25日、2010年3月18日出具了《补充报告》和《修正报告》,由于《修正报告》并非鉴定机构应一审法院的要求出具,且本案在鉴定报告初稿形成后,鉴定机构已经针对双方提出的异议作出了《补充报告》,而《修正报告》的工程造价与《补充报告》的工程造价存在诸多不同,鉴定机构以《修正报告》推翻《补充报告》的结论,工程造价的修改既无事实和法律依据,也缺乏自我否定的正当理由。因此,一审法院采纳《补充报告》作为确定工程造价的依据并无不当。

二、关于工程款利息问题

《解释》第十八条规定:"利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的,下列时间视为应付款时间:(一)建设工程已实际交付的,为交付之日;(二)建设工程没有交付的,为提交竣工结算文件之日;(三)建设工程未交付,工程价款也未结算的,为当事人起诉之日"。本案中,施工单位与建设单位对工程价款的付款时间约定不明,且工程未经过交付程序,工程价款也未结算,应当从当事人起诉之日起算。施工单位提起诉讼的时间为2007年4月20日,原审从该日起计算利息,并无不当。

经典评析

本案中,我们作为施工单位的代理人参与了案件一审及二审。本案主要涉及两大问题,即工程造价的结算问题与欠付工程款利息的起算问题。

一、工程造价的结算问题

工程造价结算主要涉及两个问题：一是工程造价的结算依据，主要包括合同及工程造价文件；二是工程造价鉴定。

(一)工程造价结算的依据

1.工程造价结算的合同依据

司法实践中，按照工程是否必须进行招投标，结算的合同依据有所区别：(1)对于法律、行政法律未规定必须进行招标的建设工程，当事人另行订立的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致的，一般按照当事人实际履行的合同作为工程价款的结算依据。(2)对于法律、行政法规规定必须招标的建设工程，当事人另行订立的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致的，一般以备案的中标合同作为结算工程价款的依据。

法律、行政法规规定必须招标的工程，因受到《招标投标法》的调整，按照《招标投标法》第十二条"依法必须进行招标的项目，招标人自行办理招标事宜的，应当向有关行政监督部门备案"的规定，招标人应当将中标合同提交行政主管部门备案，工程价款的结算应依照备案的中标合同。然而，实践中，当事人为逃避行政主管部门的监管，往往在中标合同签订备案后又签订补充协议，改变了中标合同约定的结算方式。这种情况下，法院一般会以补充协议改变了中标合同的实质性内容而认定该条款无效。法律依据就是《招标投标法》第四十六条的规定："招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议"。关于合同的实质性内容，通说认为，包括工程价款、工期及工程质量三方面内容。

本案工程属于住宅工程，根据《招标投标法》第三条及《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(国家发展计划委员会第3号令)规定，必须进行招标。招标文件明确结算依据为1994年版《浙江省建筑工程预算定额》和市场同期的材料价格信息、中标和承诺的费率等，中标通知书约定综合费率报价7%。所谓综合费率，是指除直接费外组成工程造价的各项费率的总和。中标合同约定：合同价款采用固定价格合同，在施工期间，除设计变更外，其余一次性包死。所谓固定价格合同，是指工程价格在实施期间不因价格变化而调整。固定价格包括固定单价和固定总价。根据招投标文件及对中标合同的理解，本案备案合同约定的应是固定单价，按94定额结算，在施工期

间除设计变更外,其余按市场同期材料价格信息、中标和承诺的费率一次性包死。补充协议约定执行1994年版《浙江省建筑工程预算定额》,综合费用按直接费6%计取,其他费用承包人均不得计取,超高增加费和垂直运输费按94定额的50%计算,施工期间如遇政策性造价文件调整本工程概不执行。显然,补充协议改变了中标合同关于工程结算的约定,将综合费用由7%改成6%,将超高增加费和垂直运输费改为按94定额的50%计算,这些都属于合同实质性内容的变更。根据《招标投标法》第四十六条规定,结算应以中标合同为准,补充协议的相关条款无效。

本案一、二审法院采纳了我们的意见,按照中标合同的约定计算综合费用。

2. 工程造价结算的相关造价文件

工程造价结算的另一重要依据是造价文件。本案中,我们认为文明施工增加费及劳保统筹基金应当计取的主要理由在于造价文件的规定:

第一,文明施工增加费应计入工程造价。(1)经一审法院咨询,浙江省建设工程造价管理总站建站计函〔2009〕22号文件明确答复:文明施工增加费应当计取;(2)招标文件约定按市建建〔2002〕127号的规定执行,该文件明确要求计取;(3)本案文明施工增加费是市建设局对施工企业获得市建设安全文明施工标准化工地的奖励,市建设工程安全监督站明确要求建设单位向施工单位支付。

第二,劳保统筹基金应计入工程造价。(1)根据《浙江省建筑安装工程费用定额》(1994年)及《关于规范建筑施工企业劳动保险费用计取办法的通知》(浙建建〔1998〕12号)的规定,劳保统筹基金应由发包方承担,其费用不包含在费用定额的综合费率里面;(2)按合同约定的计价方法本身就应该计取,补充协议第二条约定与浙建建〔1998〕12号文件并不矛盾,劳保统筹基金并不包含在综合费率里面。

最终,二审法院采纳了我们的意见。

(二)工程造价鉴定

实践中,双方当事人对工程造价产生争议,一般通过法院委托鉴定机构确认工程造价。在鉴定机构出具鉴定报告初稿之后,双方当事人在初稿的基础上提出质证意见,鉴定机构根据双方的质证意见进行补充。按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十九条规定,鉴定人员还应当出庭接受当事人质询。根据鉴定机构出具的鉴定报告,由法院确定工程造价。

本案中,鉴定机构于 2008 年 7 月 14 日作出鉴定报告初稿。根据双方当事人的质证意见,鉴定机构于 2009 年 12 月 25 日作出《补充报告》,并列明有争议的劳保统筹基金及内墙保温砂浆费用留待法院认定。2010 年 3 月 18 日,鉴定机构在未经法院委托的情况下,作出与《补充报告》完全不同的《修正报告》。对此,二审中我们提出,《补充报告》鉴定程序合法,依据充分,一审法院在《补充报告》的基础上判决是正确的,《修正报告》违反了法定鉴定程序且依据不充分,不应采信。

第一,《补充报告》符合法定鉴定程序,鉴定依据充分。(1)《补充报告》是在鉴定初稿的基础上,经庭审辩论、质证,并经一审法院向浙江省建设工程造价管理总站咨询,由鉴定机构调整作出,《补充报告》有鉴定机构法定代表人签字及造价工程师盖章确认,符合法定鉴定程序。(2)《补充报告》确认:"二〇〇八年七月十四日,我公司曾出具初步鉴定报告,现根据当事人双方的反馈意见及浙江省建设工程造价管理总站建站计函〔2009〕22 号关于工程计价问题的答复意见,我公司在原鉴定工程造价的基础上进行了调整"。可见,《补充报告》是依据鉴定初稿、争议双方质证意见及省造价管理总站答复意见作出的,依据充分。

第二,《修正报告》违反了法定鉴定程序且依据不充分,不应采信。(1)从程序方面看,《修正报告》违反了法定鉴定程序。①从时间上看,2008 年 7 月 14 日鉴定机构出具初稿,经过开庭、质证、调整,2009 年 12 月 25 日鉴定机构作出《补充报告》,历时一年多时间,但在 2010 年 3 月 6 日鉴定机构就作出一份与《补充报告》完全不同的《关于补充报告的说明》,该说明完全脱离鉴定初稿及《补充报告》,不符合客观事实。②《修正报告》不是在《补充报告》质证的基础上作出的。2010 年 3 月 6 日,鉴定机构作出《关于补充报告的说明》,但是对《补充报告》的质证是在 2010 年 3 月 11 日开庭时进行的,同年 3 月 18 日鉴定机构作出与《关于补充报告的说明》完全一致的《修正报告》。可见,在庭审质证《补充报告》前,鉴定机构就已经改变了《补充报告》。③《司法鉴定程序通则》(司法部令第 107 号)第二十八条规定:"司法鉴定机构可以根据委托人的请求进行补充鉴定"。一审法院并未委托鉴定机构对《补充报告》再进行补充鉴定。(2)从实体方面来看,《修正报告》违反了有关法律法规及造价文件的规定,依据不足。

二审法院最终采纳了我们的意见,否定了《修正报告》的证据效力,采信了《补充报告》。

二、利息的起算问题

利息不仅仅存在于借款合同中。《解释》第十七条规定:“当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的,按照约定处理;没有约定的,按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息”。一般认为,这里的利息在法律性质上属于法定孳息。《解释》第十八条规定:“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的,下列时间视为应付款时间:(一)建设工程已实际交付的,为交付之日;(二)建设工程没有交付的,为提交竣工结算文件之日;(三)建设工程未交付,工程价款也未结算的,为当事人起诉之日”。据此,要确定利息的起算时间,就要确定应付工程款的时间。本案中,双方当事人通过补充协议变更了中标合同约定的付款时间,该行为是否有效?这就涉及付款时间是否属于合同的实质性内容。

通说认为,合同的实质性内容包括工程价款、工期及工程质量三方面的内容。最高人民法院冯小光法官认为“合同实质性内容应当就是中标通知书记载的内容”。我们认为,付款时间并不涉及工程价款、工期及工程质量,也不属于中标通知书记载的内容。因此,付款时间不属于合同的实质性内容,对付款时间的变更不属于合同实质性内容的变更。当事人通过补充协议改变中标合同关于付款时间的约定,依法有效。

本案当事人于2003年5月30日签订的中标合同通用条款第33.2条约定:发包人收到承包人递交的竣工结算报告及结算资料后28天内进行核实,给予确认或者提出修改意见。发包人确认竣工结算报告后通知经办银行向承包人支付工程竣工结算价款。第33.3条约定:发包人收到竣工结算报告及结算资料后28天内无正当理由不支付工程竣工结算价款,从第29天起按承包人同期向银行贷款利率支付拖欠工程价款的利息,并承担违约责任。

2003年6月10日签订的补充协议约定:自决算审核完成后30天内支付至审定结算造价的97%。2006年1月18日签订的补充协议约定:施工单位应在2006年3月31日之前提交完整的结算资料,建设单位在收到结算资料4个月内完成审计。施工单位于2006年6月14日、8月23日向建设单位提交了结算资料,建设单位在收到结算资料后4个月内未进行审计。

利息应从何时起算?有多种观点。

第一种观点认为,应从建设单位收到结算资料第29天起计算利息。理由是补充协议将中标合同约定的28天的审价期限变更为四个月,但关于中

标合同通用条款第33.3条“发包人收到竣工结算报告及结算资料后28天内无正当理由不支付工程竣工结算价款，从第29天起按承包人同期向银行贷款利率支付拖欠工程价款的利息”的约定并未改变。

第二种观点认为，应从建设单位收到结算资料后四个月期满次日起算利息。因补充协议变更了中标合同通用条款第33.2条、第33.3条的约定，从28天变更为四个月，建设单位收到结算资料后四个月内未进行审计，应按照中标合同通用条款第33.3条约定，从收到结算资料后四个月期满次日起算利息。

第三种观点认为，应从建设单位收到结算资料四个月后的第31天起算利息。理由是补充协议约定建设单位在收到结算资料4个月内完成审计，自决算审核完成后三十天内支付至审定结算造价的97%。现建设单位在收到结算资料后四个月内不予审价，应从四个月后的第31天起算利息。

第四种观点认为，应自实际审价完成后第31天起算利息。按照补充协议关于“自决算审核完成后三十天内支付至审定结算造价的97%”的约定，2009年12月25日鉴定机构作出《补充报告》得出工程最终造价，应从该造价得出之日起第31天起算利息。

第五种观点认为，双方对付款时间约定不明确，工程未经双方交付程序，也未经结算，依法应从施工单位起诉之日起算利息。

本案中，法院采纳了第五种观点。一审判决认为，工程未经双方交付，也未经结算，根据《解释》第十八条第（三）项规定，应从起诉之日起算利息。二审判决认为，双方对工程价款的付款时间约定不明，且工程未经交付程序，工程价款也未结算，应从当事人起诉之日起算利息，原审判决从起诉之日计算利息并无不当。



浅析工业用地上综合用房买卖相关问题

——王××诉杭州××混凝土有限公司房屋买卖合同纠纷案评析

赵全强　谭佳晶*

案情简介

原告:王××

被告:杭州××混凝土有限公司

2003年9月21日,王××与杭州××混凝土有限公司签订《房屋认购书》一份,约定王××向杭州××混凝土有限公司认购位于A市B区××街道×××村××综合楼16－18号房屋。《房屋认购书》第2条约定,“客户于2003年9月21日交纳该房屋认购金额陆万元,并于2003年9月26日内到营销部签订合同,缴应付之款项;逾期不办者,视违约处理,并以自动放弃论,公司有权将该商品房另行处置。”上述房屋土地系由杭州××混凝土有限公司于2006年4月以出让方式取得,土地性质为工业用地,房屋设计用途为综合用房。

2004年3月27日王××与杭州××混凝土有限公司签订《房屋买卖合同》,合同约定杭州××混凝土有限公司将上述房屋以826820元的价格卖给王××。

《房屋买卖合同》第一条明确,“乙方(即王××)对甲方(即杭州××混凝土有限公司)所出售的房屋已充分了解,愿意购买上述房屋。”《房屋买卖合同》第八条约定,“甲方代乙方办理房产证,但乙方必须及时提供办理相关

* 赵全强,男,毕业于浙江大学,法学硕士,主要从事建筑房地产领域法律业务,浙江腾飞金鹰律师事务所副主任、专职律师。
谭佳晶,女,毕业于浙江大学,法学硕士,主要从事建筑房地产领域法律业务,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

手续所需的资料，费用根据规定按实结付，由乙方承担。"《房屋买卖合同》还就付款时间等其他事项作了明确约定。合同签订后，王××按约分批向杭州××混凝土有限公司付清了全部房款，杭州××混凝土有限公司也依约于2007年协助王××办理了案涉房屋的房产证，且在房屋所有权证中明确房屋的设计用途为综合用房。

2008年，王××向杭州××混凝土有限公司要求办理案涉房屋的土地使用权证并要求杭州××混凝土有限公司承担违约责任，但根据A市B区相关规定，土地用途为工业用地的，仅能办理总的土地使用权证，不予办理分户的独立土地使用权证；且杭州××混凝土有限公司认为，双方在《房屋买卖合同》中已经明确约定仅协助办理房屋所有权证，因此拒绝代为办理。由此双方产生争议，王××将杭州××混凝土有限公司诉至一审法院。

争议焦点

1. 案涉房屋买卖合同效力问题；

2. 案涉房屋的性质是否为商品房；

3. 办理案涉房屋的独立土地使用权证是否为杭州××混凝土有限公司的义务。

审理判决

一审法院经审理认为：王××与杭州××混凝土有限公司有关A市B区××街道×××村××综合楼16－18号房屋的认购书和买卖合同，均为双方真实意思表示，且不违反相关法律法规的强制性规定，合法有效。王××、杭州××混凝土有限公司理应全面履行合同约定的各项权利义务。根据案涉房屋的土地性质和合同约定，王××所购买的是工业用地上的综合用房，且杭州××混凝土有限公司又非房地产开发企业，故王××以其购买的案涉房屋系商品房为由，要求被告协助办理案涉房屋项下的土地权证并承担相应违约金责任的主张，于法无据。双方房屋认购书中虽出现过"商品房"一词，但并不影响对案涉房屋及土地的性质认定。因合同中仅约定了杭州××混凝土有限公司代王××办理房产证，故即使现有政策已允许案涉房屋办理独立的土地使用权证，被告根据当时合同亦无义务再行办理，更何况王××在本案中提供的证据尚不足以证明工业用房已可以办理独立的土地使用权证。综上，王××的相关诉请缺乏事实和法律依据，法院不予支持，判决驳回王××的全部诉讼请求。

经典评析

浙江腾飞金鹰律师事务所律师接受本案被告杭州××混凝土有限公司的委托,参与案件的审理。针对上述三个争议焦点,浙江腾飞金鹰律师事务所律师作为杭州××混凝土有限公司的代理律师提出了自己的观点,并最终全部被法院采纳,现针对本案作简单评析如下:

一、案涉房屋买卖合同效力

对于工业用地上的综合用房能否分割出售,在理论界与司法实践中有不同的观点。

1. 房屋买卖合同无效。这种观点认为,《合同法》第 52 条规定:"有下列情形之一的,合同无效:(五)违反法律、行政法规的强制性规定"。《城市房地产管理法》第 31 条规定:房地产转让、抵押时,房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。购买的工业用地上建造的房屋无法办理土地使用证,房屋与土地不能同时转让,因此房屋买卖合同违反了法律法规的强制性规定,合同无效。

2. 房屋买卖合同依法有效但无法履行,当事人可以解除合同。这种观点认为,双方签订的房屋买卖合同并未违反法律法规的强制性规定,依法有效。鉴于无法办理土地使用证,合同无法履行。根据《合同法》第 94 条规定:"有下列情形之一的,当事人可以解除合同:(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的"。违规出售的房屋不能办理土地使用证,房屋不能依法转让,导致不能实现合同目的,双方可以依法解除合同。

3. 房屋买卖合同依法有效且双方已履行权利义务。这种观点认为,双方签订的房屋买卖合同并未违反法律法规的强制性规定,依法有效。理由有二:一、虽然《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》和《中华人民共和国城市房地产管理法》都明确了房屋与土地同时转让,但这几条规定并非法律法规的强制性规定,违反此条款并不必然导致合同无效。二、房屋买卖合同并非不能履行,双方已根据房屋买卖合同履行了合同义务,房屋买受人履行了付款义务,房屋出售方也依约为买受人办理了房产证,并交付了房屋。办理土地使用证并不在房屋买卖合同的约定之中,故认为合同无法履行的观点不能成立。

在本案中,一审法院持上述第三种观点。一审法院认为,"王××与杭

州××混凝土有限公司有关A市B区××街道×××村××综合楼16－18号房屋的认购书和买卖合同，均为双方真实意思表示，且不违反相关法律法规的强制性规定，合法有效。”

二、案涉房屋的性质

关于案涉房屋的性质问题，王××与杭州××混凝土有限公司存在着不同的观点。王××认为，其所购买的案涉房屋为商品房。其主要依据为双方在《房屋认购书》中曾经提到“商品房”一词，因此房屋性质应当为商品房。根据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》，王××要求杭州××混凝土有限公司办理房屋三证，即房屋土地使用权证、房屋所有权证、契证，并承担因延期办证产生应当承担的违约责任。

杭州××混凝土有限公司认为，其出售的案涉房屋并不是商品房。理由如下：

其一，案涉房屋的性质不能根据《房屋认购书》中的用词来认定。虽然《房屋认购书》中提到“商品房”一词，但是土地使用权证、房屋所有权证中均明确，案涉房屋的土地性质为工业用地，房屋性质为综合用房，并不符合商品房的条件。一审法院最终也接受了这一观点。一审法院认为“双方房屋认购书中虽出现过商品房一词，但并不影响对案涉房屋及土地的性质认定”。

其二，根据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条的规定：“本解释所称的商品房买卖合同，是指房地产开发企业（以下统称为出卖人）将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人，买受人支付价款的合同。”虽然解释本条的规定并没有直接明确商品房的定义，但是可以明确，商品房买卖合同中的出卖人一方应当为房地产开发企业。在本案中，杭州××混凝土有限公司是一家混凝土公司，并不是房地产开发企业，因此其销售的房屋也不是商品房，不能适用该解释。

对此，一审法院也支持了杭州××混凝土有限公司的观点。一审法院认为，“杭州××混凝土有限公司非房地产开发企业，故王××以其购买的案涉房屋系商品房为由，要求被告协助办理案涉房屋项下的土地权证并承担相应违约金责任的主张，于法无据”。

其三，从房屋土地性质看，案涉房屋的土地用途为工业用地，房屋设计

用途为综合用房,不符合商品房的要求。

综上,案涉房屋的性质不是商品房。

三、办理案涉房屋的分户土地使用权证是否是杭州××混凝土有限公司的义务

关于这一问题,也是本案的争议焦点之一。王××认为,杭州××混凝土有限公司出售的是商品房,根据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》,出卖人应当给予办理三证,即包括独立的房屋土地使用权证;且根据B区地方法规,2006年开始,符合要求的可以予以办理分户土地使用权证。

杭州××混凝土有限公司认为,办理案涉房屋的分户土地使用权证既非其法定义务也非其合同义务。

其一,如上所述,案涉房屋的性质并不是商品房,所以本案不能适用最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》,因此办理相关土地使用权证不是法定义务。

其二,从合同来看,《房屋买卖合同》中明确"乙方(即王××)对甲方(即杭州××混凝土有限公司)所出售的房屋已充分了解,愿意购买上述房屋。"《房屋买卖合同》第八条约定,"甲方代乙方办理房产证,但乙方必须及时提供办理相关手续所需的资料,费用根据规定按实结付,由乙方承担。"

最终一审法院支持了杭州××混凝土有限公司的全部上述观点。法院认为,"因合同中仅约定了杭州××混凝土有限公司代王××办理房产证,故即使现有政策已允许案涉房屋办理独立的土地使用权证,被告根据当时合同亦无义务再行办理,更何况王××在本案中提供的证据尚不足以证明工业用房已可以办理独立的土地使用权证",因此判决驳回王××的全部诉讼请求。一审判决后,王××不服判决,向二审法院提起上诉,但其后又撤诉。

实际施工人突破合同相对性原则主张工程款的适用及限制

——一起实际施工人起诉总承包人、转承包人、违法分包人要求支付工程款案件的评述

崔丽芳*

案情简介

原告:江某

被告:某建筑公司

王某

田某

2003年11月25日,某建筑公司与某监狱签订了一份建设工程施工合同,约定由建筑公司承包某监狱工程。建筑公司承包后将该工程转包给王某,施工过程中据王某称其又转包给田某。2009年7月,江某起诉建筑公司、王某及田某。江某称,2004年春节后,王某、田某将监狱的水电安装工程分包给江某,江某完成的工程价款为779562元,扣除被告应收取的10%管理费用计77956元,扣除已支付工程款486024元,尚欠工程款215582元。江某诉讼请求为:1.请求法院判决三被告共同支付尚欠的工程款215582元;2.本案诉讼费用由三被告共同承担。江某提交水电安装工程的施工联系单、验收记录及申请证人出庭作证,以证明其水电安装工程分包人的身份;提交建设单位的结算审核报告及江某制作的安装工程决算表,以证明工程款金额。

我接受建筑公司的委托作为其代理人,陈述答辩意见:1.某监狱工程

* 崔丽芳,女,南京大学法学学士,专业从事建筑房地产业务,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

由建筑公司包给王某,据王某称其又包给田某,具体由田某组织施工。建筑公司不清楚工程施工的具体情况,也不清楚王某、田某是否将监狱的水电安装工程包给江某。2. 即便江某向王某、田某承包水电安装工程,其也应向王某、田某主张工程款。监狱工程上建筑公司不欠王某、田某工程款,江某不能突破合同相对性要求建筑公司承担付款责任。因此,请求驳回江某要求建筑公司支付工程款的诉讼请求。

王某未出庭应诉,亦未书面答辩。

田某答辩称受建筑公司及王某委托,曾在本案所涉工程中从事相关工作,但并不是本案的承包人,田某也从未将所涉工程包给江某,请求法庭驳回江某对田某的诉讼请求。

争议焦点

诉讼过程中,建筑公司、王某、田某、江某间形成以下争议焦点:

1. 本案所涉水电安装工程分包合同的相对人是谁?

2. 本案原告起诉能否突破合同相对性?

3.《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款规定"发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任",该款对"发包人"的责任限制能否适用于相对的发包人——建筑公司?

审理判决

一审法院判决:一、建筑公司、王某、田某应于本判决生效之日起七日内共同支付给原告工程款 125764 元。二、建筑公司、王某、田某互负连带清偿责任。三、驳回原告的其他诉讼请求。

一审判决后,建筑公司、田某上诉,均要求改判驳回江某对自己的诉讼请求。

二审法院审理认为:田某提出的上诉主张缺乏依据;建筑公司的上诉请求成立。判决:一、撤销一审判决;二、田某于本判决生效之日起十日内支付尚欠江某的工程款 125764 元;三、驳回原审原告的其他诉讼请求。

经典评析

合同相对性是指合同在特定的当事人之间发生法律约束力,只有合同当事人一方能基于合同向对方提出请求或提起诉讼,而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求,也不能擅自为第三人设定合同上的义务。合同相对性是合同法的一个基本原则,梳理出合同相对人是分清各方责任

的基础，在此基础上考虑是否有突破合同相对性的规定以及突破合同相对性的限制。我作为建筑公司的代理人，在本案中的代理思路也是依此展开。

一、本案所涉水电安装工程分包合同的相对人是谁

本案是一个建设工程分包合同纠纷案件，涉及的主体较复杂，要确定合同相对人，首先要将各当事人在施工活动中的身份界定清楚。本案中田某在施工活动中的身份界定是关键。

本案所涉监狱工程由建筑公司承包后包给王某，双方签订了项目经济与管理承包合同。在工程施工过程中，王某告知建筑公司其将该工程转包给田某，并曾带田某到建筑公司，由田某出具了承担工程对外债务的承诺书。据王某说，其与田某间未签订书面合同。江某分包水电安装工程没有签订书面合同，其在起诉状中陈述称从王某、田某处分包，同时又称王某口头委托田某负责管理施工。而田某基于江某对事实的含混陈述，也就坚称自己只是管理人员。王某的身份根据项目经济与管理承包合同可以确定，而田某的身份并没有书面合同作为依据，江某承包水电安装工程又没有签订书面合同，在各当事人陈述不一致的情况下如何确定田某的身份？鉴于此，我作为建筑公司的代理人整理并提交了一系列证据来证明田某的承包人身份，包括建筑公司与王某签订的项目经济与管理承包合同、王某出具的关于将工程转包给田某的情况说明、田某向建筑公司出具的承诺承担工程对外债务的承诺书、之前建筑公司和田某因监狱工程所涉其他款项被起诉经法院调解由田某承担付款责任而建筑公司承担连带责任的五份民事调解书、建筑公司因上述民事调解书承担了连带责任后向田某追偿的民事起诉状、追偿案经法院调解由田某分期支付建筑公司款项的民事调解书。我向法庭陈述代理意见，主张田某对工程债务承担付款责任充分说明了其承包人身份，而且江某列田某为被告及要求田某支付工程款说明其对于田某的承包人身份也是明知的，因为如果其认为田某只是管理人员，就不能要求田某承担付款责任。一审、二审法院在这一点上均采纳我的代理意见，确认了田某的承包人身份。

在田某的身份界定清楚后，本案各当事人的身份就明晰了。王某承包工程后又将工程转包给田某，江某是从田某处承包工程，因此，本案各当事人的身份为：建筑公司为总承包人、王某为转承包人、田某为违法分包人、江某为实际施工人。

由此可以确定本案所涉水电安装工程分包合同的相对人为江某与

田某。

二、本案原告起诉能否突破合同相对性

通常情况下,起诉应遵循合同相对性这一原则。本案作为一个建设工程分包合同纠纷有其特殊性,诉讼主体及责任承担主体是否能突破合同相对性?最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第一款规定:"实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的,人民法院应当依法受理"。第二款规定:"实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。"第二十六条的规定是对合同相对性的突破,从诉权的角度看,江某将建筑公司、王某、田某都诉至法院是没有问题的。

三、突破合同相对性承担责任的限制

合同相对性是合同法的原则,突破合同相对性只能是例外,因此上述司法解释第二十六条第二款中对突破合同相对性的责任承担作了限制:发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。那么,该条款对"发包人"的责任限制能否适用于本案中的建筑公司?我认为是可以的,此处的"发包人"应广义理解为相对的发包人。

建设工程施工过程中由于管理不规范,往往出现层层转包、分包,如本案中工程就转包了两次,田某在向王某承包后又将部分工程违法分包给了江某,在突破合同相对性的诉讼中,这些主体都可能被诉。尽管司法解释基于施工活动的实际情况作了突破合同相对性的规定,但这种突破必须严格限制。发包与承包在层层转包、分包的环节中成了相对的概念,司法解释的条文表述需精炼,不能把可能涉及的主体都列上,但其本义应是对突破合同相对性被诉的各主体的责任都作限制,而并不仅仅只限制最终发包人的责任。本案一审已查明田某、王某的承包人身份,那么,相对于江某来说田某为发包人,相对于田某来说王某为发包人,相对于王某来说建筑公司为发包人,建筑公司应只在欠付王某工程价款范围内对实际施工人承担责任。一审判决书关于责任认定的理由是这样的:田某作为本案分项工程的发包人,应承担直接的付款责任;建筑公司和王某违法将工程层层转包给无相应资质的个人施工,且无充分证据证明已支付了全部工程款项,故应对本案的工程欠款承担共同支付责任。从陈述来看,一审法院也是对司法解释第二十

六条第二款中的“发包人”作广义理解，认为对建筑公司能够适用对于“发包人”的责任限制，只是认为建筑公司无充分证据证明已支付了全部工程款项。关于这一点，我认为，一审法院对于事实的认定是错误的。经征求建筑公司的意见，我代理其提起上诉，再一次阐述建筑公司已支付完工程款项的理由：

1. 一审时，建筑公司提交证据证明该工程经与业主结算，工程款为20101933元，并且提交了一整套财务凭证用以证明建筑公司在该工程上已经支付王某、田某和材料商共计22905617.8元，超付了2803684.8元。该套财务凭证每一笔付款都写明了发生于哪个工程，有王某或田某签字确认，只要把金额相加，就能得出建筑公司支付王某、田某和材料商的金额总和，因此，建筑公司提交的证据是充分的，建筑公司没有欠付工程价款。2. 建筑公司还提交了之前经法院调解田某同意支付工程款项的案件材料及建筑公司向田某追偿工程款的相关证据，从田某同意支付部分分包项目工程款及材料款以及在建筑公司追偿的案件中田某同意付款并达成调解协议来看，很明显建筑公司已经超付了工程款，但一审法院认定该组证据与本案无关，显然是错误的。

二审法院经审理认为，关于尚欠江某工程款的支付义务主体问题，江某明知王某无相应施工资质系挂靠施工，且王某违法将该工程转包给亦是无施工资质的田某的情况下，仍与田某达成分包协议，故根据合同的相对性原则，工程余款应由合同的相对人田某承担，不应由建筑公司与王某共同承担。虽然在二审判决书的表述中，法院没有明确适用《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款对发包人责任限制的规定，但我认为，法官在判决时还是对此有所考虑的，这也符合当前最高人民法院针对滥用该司法解释第二十六条突破合同相对性的情况作出限制的司法精神。

转让未获所有权的房屋,其转让行为是否有效

——合同相对方转让未过户房产给其配偶所产生的房屋买卖合同纠纷分析

徐伟平*

案情简介

原告:陈某

被告:吴某

2000年5月10日,陈某与李某在A市结婚。同年11月4日,李某经人介绍与吴某签订《购房协议书》。协议约定,该房屋转让总价款为6.9万元,协议签订时由李某向吴某预付5万元,余款在房屋交付时一次性付清,房产证过户由李某负责办理,需要时吴某给予协助。该房屋为吴某和其妻子夏某共同共有,但在《购房协议书》上只有李某和吴某的签字。后据吴某陈述,合同签订后,李某向其支付了4万元现金作为购房款,同时双方办理了房屋交付手续,吴某将房产证交付给李某,但李某并未要求吴某出具任何收条,此后双方也一直未办理房屋过户手续。《购房协议书》签订之时和房屋交付时,吴某的妻子夏某均在场。2005年3月18日,陈某和李某协议离婚,离婚协议中双方约定:案涉房屋为陈某和李某共同财产,陈某补偿给李某6.5万元,2005年3月18日支付25000元,2005年底支付20000元,2006年6月底前陈某将余款20000元付清,付清后该房屋产权归陈某所有,补偿款付清之前产权仍为双方共同所有。2008年1月20日,李某因病去世。2009年,陈某打电话给吴某并作了电话录音,要求其协助过户房屋。双方在补偿价款协商无果的情况下,2010年9月,陈某向房屋所在地法院起诉,要求吴某履行合同义务,协助陈某办理房产过户手续。

* 徐伟平,男,浙江浙联律师事务所专职律师,专业从事建筑房地产法律业务。

争议焦点

1. 案涉《购房协议书》是否有效？

2. 本案的诉讼请求是否已经超过诉讼时效？

3. 陈某与李某所签订的离婚协议书中对于案涉房屋转让的权利究竟是债权还是物权？其转让案涉房屋权利的约定对于吴某是否有法律效力？

4.《购房协议书》中李某的付款义务是否已经完全履行完毕？

审理判决

一审法院在经过两次开庭审理后，积极促使双方当事人进行调解。最终，双方达成和解，由陈某补偿吴某人民币7万元，吴某将案涉房屋过户给陈某。

经典评析

综观本案，案情并不复杂，但比较具有典型性。案中的几个争议焦点都值得去好好研究一番，从中我们也能得出不少经验或教训。

第一，案涉《购房协议书》的合同效力性问题。

1. 案涉房屋的产权证上虽然只记载了吴某一人的名字，但是该房屋为吴某和夏某婚后所购买，依据《婚姻法》的相关规定，该房屋为吴某和夏某婚后共同财产，属于共同共有。按照《物权法》第九十七条的规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。因此，任何一方单方面处分大宗的夫妻共同共有的财产，该处分行为应当属于无效。但在本案当中，虽然《购房协议书》上的签字双方只有李某和吴某，可是夏某在双方合同签订之时在场，而且房屋交付之时她也在场，因此，可以认定她对于吴某处分其共同财产是表示认同的。所以，从该角度分析，该份合同应当是属于有效的合同。

2. 案涉房屋产权证上只登记吴某一人，并没有夏某的名字。依据物权公示所产生的善意保护效力，善意第三人没有过错，且支付了相应的对价，因此，即使依照物权的这个理论和法律规定，《购房协议书》也应当是有效的。

第二，原告的诉请是否已经超过诉讼时效。本案原告方起诉的诉讼请求在立案之初为“履行合同义务，协助办理过户手续”。那么，其诉讼请求应当是债权请求权之诉。依照《民法通则》的相关规定，其诉讼请求应当受到

诉讼时效的约束,诉讼时效期间为两年,从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。李某自2005年年底搬进案涉房屋后至其去世,一直未向吴某主张要求将案涉房屋过户给他,且在此期间,陈某也未向吴某提出过类似的要求。因此,依照《民法通则》的相关规定,作为李某和陈某,应当自搬进案涉房屋之时就应当知道案涉房屋需要过户,其权利受到侵害的时间应当自该时起算,但此时距陈某起诉之时已经过去五年有余,显然可以看出,本案的诉请已经超过了两年的诉讼时效。但法院在审理过程中,对原告方做了示明,要求其明确是否增加"确认案涉房屋所有权归原告所有"的诉请,原告方也对其诉请做了相应的变更。而"确认案涉房屋所有权归原告所有"的诉请依据物权法理论,应当属于物权请求权之诉,其应当不受诉讼时效之约束,因此,至该时,本案的诉请已经不受到诉讼时效期间的限制了。

第三,陈某与李某所签订的离婚协议中对于转让案涉房屋权利的约定究竟属于什么权利,该转让行为对于吴某是否具有法律效力。

首先,如果认定该转让的权利为物权,显然是不正确的。因为,在陈某和李某签订离婚协议之时,李某和吴某并未将案涉房屋过户到李某名下,依照我国《物权法》第十四条的规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生效力。第十七条,不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项,应当与不动产登记簿一致;记载不一致的,除有证据证明不动产登记簿确有错误外,以不动产登记簿为准。虽然,吴某将案涉房屋的产权证交付给了李某,但是该产权证上的所有人仍为吴某,因此,李某和陈某对案涉房屋并不具有当然的有所有权。基于此基础上,陈某和李某在离婚协议中约定处分没有所有权的案涉房屋所有权的行为,显然也是没有任何法律效力的。

其次,如果认定陈某和李某在离婚协议中对于案涉房屋转让的权利是一种债权,那么该债权对于本案的被告吴某显然也是没有法律效力的。依据《合同法》第八十条的规定,债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。从该法律规定可以看出,债权转让的通知义务主体是债权人,而非债权的受让人。但是,自2000年年底李某和陈某搬进案涉房屋居住开始至李某去世之时,李某都未曾向吴某通知过其将案涉房屋权利转让的事实。同时,陈某也没有证据能够证明李某已经将转让行为告知吴某,那么,李某和陈某双方的权利转让行为,对于吴某显然是不发生法律效力的,因此,陈某没有权利向吴某主张要求将案涉房屋过户给

她，其诉讼的主体资格也是不适格的。律师个人认为，陈某和李某在离婚协议中约定转让案涉房屋所有权的行为应当属于一种债权的转让，但是债权的转让依照前所述《合同法》的相关规定，转让人应当尽到相关的通知义务。而在本案当中，转让人李某并没有尽到通知的义务，因而对于债务人吴某是没有法律效力的，因此，陈某没有法律依据来向吴某主张过户房屋的请求的。

第三，《购房协议书》是一份双务合同，既为双务合同，当事人双方都应当同时履行合同义务。原告方提供了一份录音材料和一位证人即李某的亲身女儿，意图来证明李某已经履行完毕《购房协议书》中的付款义务和陈某已经履行完毕《离婚协议书》中的付款义务，但两份证据都存有明显的瑕疵，而且连证人的身份都无法证明，因此陈某无法举证证明李某已经全部履行了合同义务，也无法证明其已经履行完毕《离婚协议书》中的付款义务，因此，作为被告方的吴某当然可以依据“同时履行抗辩权”拒绝合同相对方的过户请求。而且，即使李某与陈某的债权转让行为被认定为有效，那么，依据《合同法》第八十二条的规定，债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。作为债务人的吴某，也可以将该抗辩理由向陈某进行主张。

当然，这个案例发生的缘由是因几年之前的房产交易较为不规范，现在很少会再出现这样的案例。现在在我们的房产交易过程中，特别是二手房交易，双方签订购房合同需要使用示范文本，而且需要进行网上签订，同时在过户时，如果是共同共有的房屋，必须全部共有人签字，才能进行过户转让，因此，类似这样的纠纷产生的几率相对会比较少。但就本案的发生过程来分析，还是有不少值得我们去吸取的教训和借鉴的方面。

首先，作为消费者在购买商品房或者二手房时，如果已经支付了购房款，在房屋已经具备过户的条件下，应当尽量尽早地要求卖方履行过户手续，以避免因为诉讼时效而发生不必要的纠纷。按照我们《民法通则》以及民法理论的观点，作为债权比如是要求对方履行《房屋买卖合同》的诉请，其诉讼时效为两年，而如果确认房屋所有权归己所有的诉权，则为物权请求权，其诉讼时效不受《民法通则》两年的时效约束。因此，消费者在购房时，切记注意该项区别并采取有效措施尽量规避风险。

其次，在未取得房屋所有权时进行的转让行为是欠妥当的。在未取得房屋所有权时，其转让的只可能是一种债权的请求权，而不是物权，因此，如果涉及转让这样的权利，一定要告知相关的债务人，以使该项转让行为符合

《合同法》关于债权债务转让的相关规定,从而促使转让行为发生法律效力。当然,我们建议,最好是能在取得房屋所有权之后进行房屋所有权的转让,以避免可能造成的转让行为无效的法律后果。同时,在购买夫妻共有或者有数人共有的房产时,应当要求卖方出示作为其他共有人同意出售案涉房屋的书面意思表示,以免在日后的过户之时产生不必要的纠纷。虽然,在《物权法》出台之后,不动产包括房产也可能发生善意取得的效果,但是在房屋未进行过户登记之前,其单方转让共有房屋行为的法律效力还是有被推翻的可能性。

最后,在做房产交易过程中,保留相关的书面证据是非常重要的。本案中,原、被告双方在履行《购房协议》时并未出具或者保留购房款支付的相关证据,致使原告方在进行诉讼时无法举证证明其已经履行完毕合同约定的义务,此时的主动权完全掌握在被告方手中。这无疑加大了其要求法院支持其诉请的难度。

本案较为遗憾的是,法院为平息双方纠纷,极力促成双方达成调解,并未对本案的争议焦点以及存在的一些证据瑕疵等予以评判或者释明。但从结果而言,当事人双方对于本案的结果都是比较满意的,也避免了案涉房屋的权利归属一直处于一种不稳定的状态之中。

开发商对“楼薄薄”是否应当承担民事责任

——业主诉某控股集团有限公司商品房买卖合同纠纷案评析

戴文良　刘　珂　叶永祥　陈科杰*

案情简介

原告:某住宅小区大部分业主

被告:某控股集团有限公司(以下简称“开发商”)

百度百科:“楼薄薄”是指某地房地产开发商所建楼盘的楼板厚度明显低于国务院颁布《建筑工程质量管理办法》的规定标准,造成业主普遍担心的如此超薄的楼板的不满称呼。

2009年8月,某地一小区的业主在房屋装修时,发现楼板很薄,随后找了相关部门进行检测,发现楼板的实际厚度与设计厚度相差甚远。小区业主纷纷向媒体及政府部门投诉,中国青年报、新华社、中央电视台等媒体对此事件作了连续报道,“楼薄薄”一词继“楼倒倒”、“楼脆脆”之后迅速在网络上蹿红。

“楼薄薄”事件爆发后,在当地规划建设局的主持下,被告与小区业主就楼板厚度处理事宜进行多次协调。

在协调事件过程中,市规划建设局委托省建科院对该住宅小区部分房屋的现浇板厚度进行检测,检测结果表明部分现浇板厚度超过《混凝土结构

---

* 戴文良,男,毕业于华东师范大学,硕士研究生,浙江六和律师事务所专职律师,主要办理公司、金融、建筑房地产等法律业务。

刘珂,男,毕业于浙江大学,浙江六和律师事务所专职律师,主要办理建筑房地产及公司证券等法律业务。

叶永祥,男,毕业于浙江大学,浙江六和律师事务所专职律师,主要办理建筑房地产、公司等民商事诉讼及非诉讼法律业务。

陈科杰,女,法学学士,浙江六和律师事务所专职律师,主要办理建筑房地产、公司业务等民商事诉讼及非诉讼法律业务。

工程施工质量验收规范》的允许偏差,市规划建设局并就检测结果要求设计单位浙江某城建设计有限公司对房屋楼板承载力和挠度及裂缝控制进行复核。经设计单位复核,所涉检测房屋的楼板承载力、挠度、裂缝控制均满足要求。

与此同时,市规划建设局选出有代表性的两套房屋再次委托省建科院进行现浇板静载荷试验。省建科院于 2009 年 11 月委派工程技术人员对现浇板进行静荷载试验后,根据《混凝土结构试验方法标准》及《混凝土结构设计规范》,出具了《现浇板静载荷试验报告》,结论是所检现浇板挠度和裂缝宽度满足《混凝土结构设计规范》。

嗣后,业主以开发商所交付的房屋存在楼板厚度不符合国家规范标准,严重危及居住者人身安全等为由,自 2009 年 11 月 24 日开始陆续向当地市人民法院起诉,要求开发商承担修复责任并赔偿损失(具体赔偿损失的数额从 10 万元到 45 万元不等,也有部分业主起诉要求退房并赔偿损失)。

争议焦点

1. 讼争商品房楼板厚度不能满足设计要求,是否属于不合格的商品房?

2. 开发商对于“楼薄薄”是否应当承担解除合同、修复或者赔偿损失的民事责任?

审理判决

自 2009 年 11 月 24 日开始,市人民法院陆续受理了该小区 300 多户业主诉被告商品房买卖合同纠纷系列案件。在系列案件受理后,市人民法院高度重视,多次召开业主座谈会,认真听取原、被告双方的意见和诉求,走访相关部门征求意见,结合相关规定,对该系列案件进行调解。在综合考虑涉案商品房建筑面积、楼层、楼板厚度偏差等因素情况下,开发商分别对相关业主作出一定的经济补偿。

评析意见

在构建和谐社会的法治环境下,为维护原、被告双方的合法权益,市人民法院通过努力,最终使“楼薄薄”系列案件得以成功调解,起到了良好的社会效果。

我们作为被告的代理人,全程参与了“楼薄薄”事件的处理过程。尽管“楼薄薄”系列案件最终在法院的主持下以调解方式结案,但我们认为在该

系列案件中的相关法律问题具有典型意义，仍值得关注并予以探究。我们认为：

一、原、被告之间的法律关系是商品房买卖合同关系，而被告已依约向原告交付了合格的商品房

1. 原告通过与被告签订《商品房买卖合同》购买被告开发的商品房，确立了双方之间的商品房买卖合同法律关系。根据双方之间的商品房买卖合同，原告的主要合同义务是向被告支付购房款，被告的主要合同义务是按照合同约定向原告交付竣工验收合格的商品房。案件讼争的商品房经勘察、设计、施工、监理、建设五单位竣工验收合格，并经市规划建设局竣工验收备案，被告交付了法律意义上已验收合格的商品房。

2. 讼争商品房部分现浇板厚度与设计要求相比，超过验收规范的允许偏差，但经原设计单位核算及省建科院检测属于能够满足结构安全和使用功能的检验批，仍可予以验收，因而讼争商品房实际上也属于合格的商品房。

根据省建科院的检测结果，原设计单位浙江某城建设计有限公司对房屋楼板承载力和挠度及裂缝控制进行复核后，尽管部分现浇板厚偏差超过《混凝土结构工程施工质量验收规范》的允许范围，但是楼板承载力、挠度、裂缝控制均满足设计要求。

市规划建设局从检测过楼板厚度的房屋中选出数套有代表性的房屋楼板再次委托省建科院进行现浇板静载荷试验。省建科院出具了《现浇板静载荷试验报告》，结论是所检现浇板挠度和裂缝宽度满足《混凝土结构设计规范》。

根据《建筑工程施工质量验收统一标准》第 5.0.6 条“经有资质的检测单位检测鉴定达不到设计要求、但经原设计单位核算认可能够满足结构安全和使用功能的检验批，可予以验收”及《建筑工程施工质量验收统一标准条文说明》第 5.0.6 条“第三种情况，如经检测鉴定达不到设计要求，但经原设计单位核算，仍能满足安全和功能的情况，该检验批可以予以验收。一般情况下，规范标准给出了满足安全和功能的最低限度要求，而设计往往在此基础上留有一些余量。不能满足设计要求而符合相应规范标准的要求，两者并不矛盾”的规定，该小区部分现浇板厚度超过《混凝土结构工程施工质量验收规范》的允许偏差，不符合设计要求，但由于《混凝土结构设计规范》10.1.1 规定的现浇钢筋混凝土民用建筑楼板最小厚度为 60 毫米，而该住

宅小区楼板设计的标准是100毫米和120毫米,设计标准留有一些余量,因而经原设计单位核算及省建科院静载荷试验,该小区的现浇板挠度和裂缝宽度满足《混凝土结构设计规范》,因而对于该检验批可予以验收。所以,被告交付的商品房从实际意义上讲也属于合格的商品房。

二、在被告交付的商品房从法律及实际意义上均属合格商品房的前提下,原告以实际竣工的商品房楼板厚度尺寸与设计要求存在偏差为由,向被告主张民事权利,不符合《商品房买卖合同》的约定及法律规定

讼争商品房楼板施工如果未能符合国家规范标准且楼板结构性能不能满足安全和使用功能,则属于不合格的商品房,被告不能依照《商品房买卖合同》的约定交付合格的商品房,原告有权根据《商品房买卖合同》及相关法律调整向被告主张权利。如果商品房的现浇板符合国家规范标准且结构性能满足安全和使用功能,则开发商可以依约交付合格的商品房,其在《商品房买卖合同》负有的义务能够全面履行。此时,楼板厚度是否达到设计要求,属于被告与施工单位之间《建设工程施工合同》调整的范畴,是被告追究施工单位责任的合同依据。

根据合同相对性原理,原告无权依据《商品房买卖合同》而针对应当由《建设工程施工合同》调整的楼板厚度是否达到设计要求问题向被告主张相应的权利。

甲方委托乙方制造一等品的杯子,结果乙方实际制作成了合格品杯子,乙方交付杯子后,甲方将此杯子以合格品卖给了消费者,消费者在得知甲方原委托要求为一等品后,能以甲方卖给消费者的不是一等品为由而主张退货、修复或者赔偿吗?显然不能。本案的法理跟上面的例子是一样的。

三、原告主张解除《商品房买卖合同》,退回商品房没有事实和法律依据,应当予以驳回

原告主张解除《商品房买卖合同》,退回商品房的主要依据是楼板厚度未达到设计要求。被告认为案件讼争的商品房经勘察、设计、施工、监理、建设五单位竣工验收合格,并经桐乡市规划建设局竣工验收备案,完全是合格的商品房,而且根据省建科院的检测结果、原设计单位浙江某城建设计有限公司对房屋楼板承载力和挠度及裂缝控制进行复核结果,楼板承载力、挠度、裂缝控制均满足设计要求,所检现浇板挠度和裂缝宽度满足《混凝土结构设计规范》,楼板施工符合国家规范,楼板结构性能满足安全和使用功能,

被告交付的是合格的商品房。因而，原告主张退回商品房的诉讼请求没有事实根据和法律依据。

四、原告要求对商品房楼板厚度予以修复的请求没有事实和法律依据，应当予以驳回

《建筑工程施工质量验收统一标准条文说明》第5.0.6条规定："第四种情况，更为严重的缺陷或者超过检验批更大范围内的缺陷，可能影响结构的安全性和使用功能。若经法定检测单位检测鉴定以后认为达不到规范标准的相应要求，即不能满足最低限度的安全储备和使用功能，则必须按一定的技术方案进行加固处理，使之能保证其满足安全使用的基本要求。这样会造成一些永久性的缺陷，如改变结构外形尺寸，影响次要的使用功能等。为了避免社会财富更大的损失，在不影响安全和主要使用功能条件下可按处理技术方案和协商文件进行验收，责任方应承担经济责任，但不能作为轻视质量而回避责任的一种出路，这是应该特别注意的"。根据省建科院的检测结果、原设计单位浙江某城建设计有限公司对房屋楼板承载力和挠度及裂缝控制进行复核结果，楼板承载力、挠度、裂缝控制均满足设计要求，所检现浇板挠度和裂缝宽度满足《混凝土结构设计规范》，楼板施工符合国家规范，楼板结构性能满足安全和使用功能，因此，被告无需对楼板厚度予以修复。

五、原告要求赔偿损失的请求没有事实和法律依据，应当予以驳回

原告起诉时所主张的赔偿损失均没有提供相应的证据予以支持，更主要的是根据省建科院的检测结果、原设计单位浙江某城建设计有限公司对房屋楼板承载力和挠度及裂缝控制进行复核结果，楼板承载力、挠度、裂缝控制均满足设计要求，所检现浇板挠度和裂缝宽度满足《混凝土结构设计规范》，楼板施工符合国家规范，楼板结构性能满足安全和使用功能，并不构成质量问题，更不会因此给原告造成损失。

浅析工程款结算之“送审价”

——杭州某置业有限公司与浙江某建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案评析

戴梦华　朱湘君*

案情简介

2006年4月26日，杭州某置业有限公司(以下简称发包人)与浙江某建设集团有限公司(以下简称承包人)通过招投标程序签订《建设工程施工合同》一份，约定由承包方承建发包方开发的某地块住宅工程。承包范围为“总承包，包工包料。施工图所示的土建、安装工程”。并对合同工期、合同价款等进行约定。其中，在专用条款《竣工验收与结算》中约定“工程结算报告递交给发包人，发包人应在28天内审核完成，逾期视为认可。”为进一步明确双方的权利义务，双方又于当月28日签署一份《施工补充协议》，双方对材料供应、合同价款的调整及结算办法等另行进行约定。其中约定“承包人送审的工程预算和竣工决算，核减额在送审造价5%以内的咨询费由发包人单位承担，核增及核减额超过送审价5%以外的咨询服务费由承包人承担，发包人从应付工程价款中扣缴”。

合同签订后，承包人组织施工，工程于当年5月1日开工，于2007年10月31日竣工。竣工验收通过后，承包人于2008年11月19日、2008年12月15日分两次向发包人递交工程结算资料，送审结算总价为17576831元。发包人认为承包人递交工程结算资料中尚缺合同工期、质量等协商结果资料，并在承包人出具的《工程结算资料报送单》签收栏中书面提出。发包方认为工程存在严重的工期延误及工程外墙面严重的泛碱等质量问题，在双方协商无果的情况下，发包人依据合同约定的仲裁条款于2009年10

* 戴梦华，浙江凯麦律师事务所高级合伙人。
朱湘君，浙江凯麦律师事务所专职律师。

月26日申请仲裁，要求承包人对逾期竣工、外墙泛碱等问题承担相应法律责任。承包人则在2010年7月提起要求发包人依据送审价结算工程造价，支付剩余工程款之仲裁。

争议焦点

上述案例中，争议焦点为承包人要求按照竣工结算文件中送审价17576831元进行工程价款结算，是否应予以支持？

承包人认为：承包人向发包人提交了工程结算书，结算总价为17576831元。《合同专用条款》九：竣工验收与结算中约定“工程结算报告递交给发包人，发包人应在28天内审核完成，逾期视为认可。”承包人已经提交工程结算书，但发包人并未按合同约定之28天内审核完成，因此承包人递交的结算文件中工程总价17576831元已被确认为合同约定的结算造价，发包人应以此支付剩余工程款。

发包人认为：承包人递交的竣工结算文件不全，发包人已在承包人递交的《工程结算资料报送给单》中明确缺合同工期、质量等协商结果资料；同时，认为承包人之送审价中根据《施工补充协议》，尚有六大类材料价负差计取不明确，该价格也无法确定；联系单中取消的项目（如S9＃、S23＃楼取消一层），施工方送审结算未予以扣除等多项暂定及不明确费用。故，发包人抗辩不能以送审价来进行工程结算。

审理裁决

仲裁委员会受理后，发包方和承包人自行达成和解，并向仲裁委提交了撤回仲裁请求的书面申请。仲裁委于2010年11月10日出具准予撤回仲裁申请的决定书。

经典评析

工程款的结算依据问题，是建设工程施工合同中承包方和发包方之间产生争议最多的问题之一。为增强当事人的诚信意识，也为避免讼累。笔者认为，工程款结算在缔约阶段应做到周密的事先防范，在履约阶段应做到严格的事中控制，在索赔阶段应做到积极的事后补救，通过层层制度的设置，达到因工程款结算带来的法律风险最小化。下文将通过对上述案例剖析并结合笔者观点来论证承包人要求按照竣工结算文件中送审价进行工程价款结算，是否应当得到支持。

一、从发包人的角度评析

从发包人的角度来说,造成本案仲裁被动的最大原因在于其与承包人签署的《建设工程施工合同》专用条款九,即竣工验收与结算中约定“工程结算报告递交给发包人,发包人应在28天内审核完成,逾期视为认可。”

对于发包人逾期不结算的后果,财政部《建设工程价款结算暂行办法》(财建〔2004〕369号)第十六条第一款规定:“发包人收到竣工结算报告及完整的结算资料后,在本办法规定或合同约定期限内,对结算报告及资料没有提出意见,则视同认可。”《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》中对于“送审价”问题进一步明确为“当事人约定,发包人收到竣工结算文件后,在约定期限内不予答复,视为认可竣工结算文件的,按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的,应予支持。”但应特别注意,发包人逾期结算视为认可送审价的这种责任是从双方签订的建设工程施工合同中派生出来的,是一种合同责任。司法解释只是将其进一步确认下来,目的在于提高案件审理的效率和统一司法机关判决的标准。合同中如果没有就此项明确约定的,承包人要求按照竣工结算文件进行价款结算的,应不予以支持。

笔者建议:(一)在合同缔约阶段,发包人一般处于强势地位,发包人应将该条款进行限定,避免在竣工结算时将自己推向不利地位,出现诸如此类的案件纠纷。(二)如果在双方协商后适用该条款,此时发包人应做好合同管理工作,明确“送审价”成就的条件。发包人应根据工程具体情况结合自身能力等因素综合考虑期限问题,如本案例中该期限仅为28天,双方完全可以将该期限约定为60天或相应延长,同时在该期限前设置有利于自身的相应条件,如:“承包人向发包人递交竣工结算报告及完整的结算资料,发包人在收到上述资料后30天内进行核实,提出修改意见。发包人在收到符合发包人审核要求的完整的竣工结算资料后60天内审核完成,逾期视为认可。”通过司法解释和本文案例的对比,笔者发现,关于“送审价”,双方在合同中做出了严于司法解释的约定。司法解释中规定“在约定期限内不予答复,视为认可竣工结算文件”。而合同中约定为“发包人应在28天内审核完成,逾期视为认可”。如此约定对发包人来讲甚为不利。(三)在工程竣工结算阶段,发包人应该注意承包人向发包人进行催告并不是产生结算依据的必经程序,发包人千万不能因为承包人没有进行工程款结算催告而松懈,其应积极与承包人沟通,并将承包人尚未按照约定提交结算资料等证据固定

下来，以免掉入承包人设置的“送审价”陷阱。

二、从承包人的角度评析

承包人在本案仲裁中的不利因素，从合同条款等表象分析在于其是否严格履行了“送审价”条款。

无论从司法解释还是双方的合同约定来看，“送审价”的适用以承包人已经向发包人递交竣工结算报告及完整的结算资料为基础条件和必要条件。而对该等条件是否已经成就的举证责任在于承包人，如果承包人不能举证证明自己已经向发包人递交了上述材料，则不能产生将“送审价”作为结算依据的法律后果。在司法实践中，发包人往往会以结算报告的递交手续不完备、不规范，接收人员不符合规定，递交材料不齐等进行抗辩。故笔者建议：首先，合同中应对“完整的结算资料”包括哪些进行明确合理的约定，防止发包人用一些非实质性的异议来达到拖欠工程款的目的；其次，合同中可对送审程序进行细化，便于承包人履行和进行相应主张；最后，承包人递交竣工结算报告和发包人收到竣工结算报告的行为应进行书面确认，承包人不仅要递交书面的结算文件，而且要求发包人指定专业人员出具签收单。

三、是否适用“送审价”？

发包人和承包人若在合同中选择了“送审价”这种方式作为确定工程款的结算依据，为当事人意思自治的体现，在没有违反法律或行政法规的前提下，该条款有效（注：根据最高人民法院的解释，当事人必须在专用条款中约定“送审价”，仅在通用条款中的约定还不能发生“送审价”的司法解释效力。故本文所说的合同约定的送审价条款均指在专用条款中的约定）。在承包人严格根据该条款约定履行义务的情况下，发包人逾期不结算，适用“送审价”似乎无可非议。但作为发包人的代理律师在索赔阶段即使处于不利地位也不能无所作为，笔者认为在该等情形下应即时申请司法机关委托相关造价鉴定机构进行工程造价鉴定。

理由如下：

（一）目前我国建筑市场行为不规范，承包人虚报工程量、抬高送审价的行为屡见不鲜，其编制的送审资料和送审价往往不能客观反映和计算工程的真实造价。本文案例中发包人也认为承包人的送审价中存在因工期延误、材料负差、扣减项目等，承包人在送审结算中均存在问题。

(二)建筑市场中高估冒算与拖欠工程款现象是一个法律问题,也是一个经济问题,更是一个社会问题。从我国建筑行业的现状出发,衡平合同各方当事人的利益尤为重要。

(三)《民法通则》第四条明确规定民事活动应当遵循公平原则,同时《民法通则》若干问题的意见(试行)第72条也对显失公平进行了相关解释,但均不具有操作性。浙价服〔2001〕262号《浙江省建设工程造价咨询服务收费管理办法》第五条规定:"工程造价咨询服务收费,一律由委托方支付。其中工程竣工结算审查收费,由基本费和核减追加费两部分组成。基本费按照项目送审造价采取差额定率分档累进计算,核减追加费率按核减额超过送审造价5%的幅度以外的核减额为基数计算,费用由施工单位支付,施工单位支付部分由建设单位从应付工程价款中扣缴;核增部分由施工单位支付审查费用。"浙价服〔2001〕285号、浙财建〔2001〕5号《关于建设工程预(结)算、竣工决算审查等收费标准的通知》也作出了同样的规定。文件倡导对虚报工程造价超过一定幅度的审价核(增)减费用由施工方负担,目的也在于促使建设工程决算编制的公平、公正,平衡各方利益。

通过第三方鉴定,得出一个客观公允的工程造价,将该鉴定造价与送审价进行对比后,笔者认为:

(1)在浙江省内,可以将核减额超过送审造价5%的幅度作为利益平衡的尺度。若鉴定造价核减额超过送审造价5%的,适用鉴定价格;若鉴定造价核减额未超过送审造价5%的,则支持"送审价"。这样做,一方面防止深谙"送审价"条款和操作手法的承包人,恶意虚报工程量、超过合理额度调高送审价后,消极处理,以待收渔翁之利的情况发生;另一方面,因工程结算中掌握材料的多寡、对联系单理解的区别等原因造成鉴定价格与送审价之间有所偏差客观存在。笔者认为只要这个偏差在合理的限度内,承包人应无过错和恶意,应该支持"送审价",从而更好地维护那些确实严格履行"送审价"条款及恪守诚实信用原则承包人的利益。当然显失公平的尺度,最终应由司法机关结合案情综合衡量。

(2)同时,因上述政府文件属于行政规范性文件,合同有约定的从约定,在合同没有明确约定的情况下,这些政府文件对承包人和发包人并不当然适用。在"谁委托谁付款"的原则下,笔者也建议发包人应将委托审计,审价费的分摊方式等在专用条款或通过补充协议等其他形式明确进行约定。如本文案例,双方明确约定"承包人送审的工程预算和竣工决算,核减额在送审造价5%以内的咨询费由发包人单位承担,核增及核减额超过送审价5%

以外的咨询服务费由承包人承担，发包人从应付工程价款中扣缴”。这样既避免了因承包人高报工程造价导致高昂的审计费承担纠纷，也间接反映出承包人和发包人对核减额超过送审价5%的合理偏差之认可。

本案例中，双方最终握手言和，以撤诉结案。虽对于是否适用“送审价”无明确定论，但也值得我们思考。



城市扩展语境下催生的“黑市场”,该叫停了

——某一商铺租赁合同纠纷案评析

邓　恒　徐　飞*

案情简介

原告:何××

被告:杭州××投资有限公司

原、被告双方于2010年1月9日签订了三份《商铺租赁合同》,约定原告向被告承租三间商铺,商铺编号分别为B1－21、B1－22、B1－23,总租金为人民币139294元/年。依据合同约定,原告先前预付的3000元定金抵租金,并享受6000元的奖励优惠,原告于合同签订之日即向被告支付了剩余租金130294,同时支付押金80000元。

后因被告一直未取得开办市场的资质,使合同约定的三间商铺不能用于出租。被告不能按合同约定履行提供工商登记,及提供有关资料,使原告一直处于非法经营的状态,致使不能实现合同目的。原告多次联系被告要求解决此事,但被告一直未采取有效的解决措施,原告于2010年8月4日向被告发出了解除合同通知书,之后搬离了市场。

原告要求被告退还租金和押金并赔偿由此造成的损失,被告不同意退还并要求继续履行合同。原告诉至法院,要求法院确认商铺租赁合同解除,被告返还租金、押金,赔偿经济损失,承担全部诉讼费用。因为三份合同互相独立,法院按三个案件受理后合并审理。后因案件复杂,简易程序改为普通程序审理。

* 邓恒,男,湘潭大学法学硕士,专职律师。
徐飞,男,浙江大学法律专业,专职律师。

争议焦点

1. 三份商铺租赁合同是否已经解除？何时解除？

2. 租金、押金是否退还？如何退还？

审理判决

法院经过审理，认为原、被告签订的《商铺租赁合同》系双方真实意思的表示，合法有效，应受法律保护。原告租赁商铺是为了从事商业活动，其在签订租赁合同后进场进行了实际商业经营。因被告未能提供相应的市场经营方面的资料致使原告未能及时办理营业执照，且被告在法庭辩论前亦无法提供上述资质，使得原告商业经营处于不确定状态，有违双方商铺租赁合同第五条的约定，也使原告合法稳定地从事商业经营的目的不能实现，故原告要求解除合同于法有据，同时在庭审中被告亦同意解除双方的租赁合同，故原告要求解除合同的诉请本院予以支持，合同解除时间应当以原告解除通知书寄送到达被告的时间 2010 年 8 月 6 日为准。对于原告要求退还租金的诉请，鉴于原告实际一直在市场内进行经营并取得收益，故合同履行期内的租金，原告应当依约支付。原告剩余租金则被告应当予以返还，押金则应当全部退还原告。对于原告提出的要求被告赔偿损失的诉请，原告没有提交证据对其损失予以证明，故本院对该项请求不予支持。据此依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、第九十四条第四项、第九十六条第一款、第九十七条之规定，判决解除原、被告签订的《商铺租赁合同》，被告退还租金、押金共计 158736.88 元，驳回原告其他诉讼请求。

经典评析

被告租赁了原属于军区的房屋做仓库使用，后因城市发展，其仓库所在道路两旁建造了很多市场，市场的商铺租金远远高于仓库的租金，其见有利可图，在未取得市场名称登记证的前提下，便将仓库改造成一间间商铺，公开对外招商。因市场本身的不合法，有时为了躲避工商检查便会暂停营业，造成商户进场后无法合法稳定地经营，工商营业执照迟迟不能办理，而且市场不敢公开对外投放广告，扩大知名度，使得很少人知道该市场的存在，商户经营惨淡。商户和市场开办方的矛盾日益加剧，当一方无法承受的情况之下，必然会诉之于法律。现笔者针对本案争议焦点展开详细论述。

1. 三份商铺租赁合同是否已经解除？何时解除？

被告认为双方所签订的《商铺租赁合同》合法有效,双方应本着诚实信用原则继续履行合同。合同签订后被告已按约将上述商铺交付给原告经营使用,从合同签订到履行至今,既无合同约定的单方解除事项的出现,也无法定解除事项的出现,经营目的是完全可以实现的,未办市场工商执照对原告的经营是没有影响的,且市场的工商登记正在办理中。所以双方应按约继续履行合同。

原告认为被告未履行合同义务,经催告仍未履行,致使不能实现合同目的,已构成根本违约,双方合同已经解除。原告于2010年8月4日向被告发出了解除合同通知书,根据《中华人民共和国合同法》第九十六条规定,合同自通知到达对方时解除。

经过笔者的诉前调查表明:原告于合同签订后,积极履行合同约定的付款义务,于2010年1月9号即合同签订日一次性预付了一年的租金并缴纳了押金,至此原告已经完全履行了自己的合同义务。合同中第五条明确约定:甲方向乙方提供工商登记地址证明,及有关资料。甲方应按照合同约定协助乙方办理营业执照等义务,而甲方迟迟不提供相关资料,致使乙方不能办理营业执照,直接致使我方委托人无法合法正常营业,因被告自身的原因没有办理市场名称登记,甚至不符合办理商品市场名称登记的条件,也就是说被告没有实际履行合同的能力,根本不具备履行上述合同义务所需要的资力!被告的履行不能致使原告无法办理营业执照,根本无法合法正常地经营,严重影响租赁物的使用和收益,已经达到合同法所规定的必须解除合同的根本性违约情形。也即被告的违约行为,已经致使双方所签定的租赁合同目的完全不能实现,被告的不能履行属于根本性违约!

依据《浙江省商品交易市场管理条例》、《浙江省商品交易市场名称登记管理办法》明确规定,开办市场必须先办理市场名称登记,在市场名称经核准登记后,市场举办者方可从事市场招商、市场广告宣传等经营活动。因此该租赁商铺在没有办理商品交易市场名称登记之前,是不能进行市场招商、市场广告宣传,更不能用于出租的,属于《商铺租赁合同》第七条第二项所约定的"不能用于出租"的情形。根据《浙江省商品交易市场名称登记管理办法》第二十条第五项的规定,"(五)市场举办者的营业执照复印件(具有市场投资经营资格或'市场经营管理'的经营范围);"同时经过查实被告的工商登记信息所列经营范围既没有"市场投资经营",也没有"市场经营管理"的经营许可范围,也即被告不具有市场投资经营资格或"市场经营管理"的经营范围,所以被告根本不具备办理"市场名称登记证"的合法条件,不具备开

办市场的主体资格。

被告答辩时提出商铺已经交付给原告使用,办理公司营业执照是原告自己的事情,不符合解除合同条件。但是本案的商铺与有独立产权的商铺有着本质区别,本案是将大的厂房自行分块,并不是独立的房间,所有商铺没有独立的房产证,也没有单独的门牌号,整个市场是否有产权证,被告也一直未提供。如果是独立的商铺,有独立的产权证,原告可以自行办理营业执照。而本案中被告是按市场来运营,原告的经营要接受被告的管理,而且被告提供的商铺根本不能独立办理营业执照。承租商铺目的是用于合法经营,并不是说商铺交付了就履行完毕合同义务。被告还声称这种现象非常普遍,但是再普遍仍属于非法经营。

因此,被告的违约行为致使双方所签订的合同目的无法实现,双方合同依法解除。

2. 租金、押金是否退还?如何退还?

被告认为B1－21号商铺定金3000元已经享受了6000元优惠,定金就不能退了。合同因原告单方解除,被告不同意,根据合同约定,被告可不予退还押金。

原告认为依据《中华人民共和国合同法》的有关规定,因被告的违约行为,致使合同解除的,应承担违约责任。原告因被告的原因不能办理营业执照而迟迟不能正常经营,被告未履行主要义务,应退还已缴纳的租金和押金。《浙江省商品交易市场管理条例》第四十条也明确规定,该种情况应责令限期退还向场内经营者收取的商位出售、租赁等款项。原告因此受到的经济损失,包括人工费、场地租赁水电费、搬运费、滞留商品折旧费等费用,全部应由被告承担赔偿责任。

在审理的过程中原告提出了租金计算方式,根据合同约定,租金支付方式预付一年免租12个月,也就是一次性交一年的租金可以使用两年,免租12个月也是合同的一部分,在合同被解除前,原告应该享受免租的优惠,根据合同理解已经履行的承租期限也可以全部算为免租的范围。原告认为在合同履行期内的租金,其中一半时间属于计租时间,一半时间属于享受优惠的免租时间,不应计算租金。

类似本案被告的众多商家在不具备办理"市场名称登记证"的合法条件,不具备开办市场的主体资格前提下,仅为了追逐经济利益,就开办市场,必将自食苦果。本案在审理过程中也是一波三折,因为本案的判决结果有示范作用,原告是该市场第一个起诉被告的商户,其他商户都在观望,法官

下判决也是慎之又慎,当时被告周边也有几个大市场,存在同样的情况(不具备办理"市场名称登记证"的合法条件,不具备开办市场的主体资格前提下就开办了市场)。笔者认为法官在租金的计算方式上考虑了上述因素。

因此,笔者作为原告的代理律师,在认真做好上述事实调查后,紧紧结合相关法律法规,以合同目的无法实现为主线,最后终于为原告实现了预期目标,极大地维护了当事人的正当权益!

本案是城市化进程加快发展下的产物,在经济利益的驱使下,有些人借助城市大举向郊区扩张的有利环境,利用郊区便宜的厂房和土地开办市场,因为缺乏开办市场相应的资格,所以根本不具备开办市场所需的设施条件,甚至举办方根本就没有这方面的法律意识,因此无法得到行政部门的许可,在后续的合同履行中必然存在较大的法律隐患。同时被告租赁成本与出租的价格相差数倍,进而言之,很多商家完全是为了获得非法利益,而置承租商的合法权益于不顾!

如果出现法律纠纷时,举办市场的商家往往会借助一些拖延的手段而使处于被动地位的普通租户因苦于起诉而妥协,这必然会直接致使承租商利益受到侵害而无法得到任何救济,更会破坏市场交易稳定、不利于提高交易效率、也不利于促进社会公平,直接影响整个市场经济的良好发展。既有悖于法律的公平正义,也不利于城市化的发展!本案例在市场经济大快发展和城市极速扩展化的背景之下,具有很强的代表性,并且望众多商家在投资经营市场时能对法律风险进行一定的认识和防范,能从本文中得到一点点有益启发,这也是作者执笔作此拙文的一大初衷。



非同一村集体组织成员间房屋买卖合同效力应如何认定

——龚某、黄某、龚建某、楼某诉王某房屋买卖合同纠纷再审案评析

贾为中　蓝亚莉*

案情简介

再审申请人(一审原告,二审被上诉人):龚某、黄某、龚建某、楼某。

再审被申请人(一审被告,二审上诉人):王某。

黄某为龚某之妻,龚建某为龚某与黄某之子,楼某为龚建某之妻。以上四人皆为A市B村村民。

王某为A市C村村民,B村与C村为邻村,从行政区划上不属于同一集体组织。

1993年元月,王某与龚某、黄某、龚建某、楼某签订《杜绝卖契》一份,龚某等四人以2.8万元的价格将位于B村103平方米的养猪场用房出卖给王某。该《杜绝卖契》由当时的B村民委员会盖章确认。

《杜绝卖契》签订后,王某支付了2.8万元的购房款,龚某等四人亦交付了合同约定的房屋。王某稍加修缮后居住管业至今。期间,王某分别在1998、1999年,向镇政府申请办理集体土地使用权证和房屋所有权证,先后交纳了评估费126元、转让手续费700元、契税1680元、土地证工本费33元。最后王某只办理了房屋契证,未能办妥集体土地使用权证和房屋所有权证。

2009年7月20日,龚某等四人以国家法律及政策禁止农村房屋及宅

* 贾为中,浙江君安世纪律师事务所高级合伙人,专职律师。
蓝亚莉,浙江君安世纪律师事务所律师助理,浙江工商大学诉讼法学硕士。

基地在不同村集体成员间交易为由诉至A市人民法院，要求确认双方于1993年元月签订的《杜绝卖契》无效，判令被告王某返还龚某、黄某、龚建某、楼某房屋四间(坐落于A市B村，面积103平方米)。

争议焦点

1. 集体土地上房屋买卖与宅基地使用权转让之间的关系；
2. 非同一集体经济组织成员间集体土地上房屋买卖合同是否有效？

审理判决

一审情况

一审判决认为，一、不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力，未经登记，不发生效力。龚某等四人取得讼争房屋所有权，是基于合法建造这一事实行为，其与王某之间签订《杜绝卖契》的法律行为要引起物权变动须符合法律规定。《中华人民共和国物权法》第三十一条规定：依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需办理登记的，未经登记，不发生物权效力。二、关于杜绝卖契的效力问题，根据现有法律规定，特定的宅基地仅限于本集体经济组织特定的成员享有，向本集体经济组织以外的农村村民转让农村住房和宅基地的，因违反了集体经济组织的成员权属性，应当认定无效。三、关于诉讼时效。无效民事行为确认权属于形成权，而形成权不属于诉讼时效客体。合同效力的认定，实质是国家公权力对民事行为进行的干预，当事人请求确认，不应受诉讼时效的限制。综上，依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项、《中华人民共和国物权法》第一百五十三条、《中华人民共和国土地管理法》第十三条和第六十二条之规定，判决龚某、黄某、龚建某、楼某与王某于1993年元月签订的《杜绝卖契》无效，王某返还龚某、黄某、龚建某、楼某房屋四间(坐落于A市B村，面积103平方米)。

二审情况

二审法院认为，农村宅基地使用权可以在同一集体经济组织成员之间流转，禁止将农村宅基地使用权向集体经济组织成员以外的人转让，禁止城镇居民到农村购买宅基地或者住房。同一集体经济组织成员之间的农村房屋买卖合同合法有效。我国法律适用房地权属一致的原则，农村房屋买卖的效力问题源于农村宅基地使用权的流转限制。对于非同一集体经济组织内的农村居民之间房屋买卖合同是否有效的问题，法律法规对农村居民转让房屋所有权并无禁止性规定，故在司法实践中应依照《中华人民共和国土

地管理法》、国家政策的有关规定及贯彻司法政策的有关规定，从保障广大农民居者有其屋、尊重行政机关和职能部门对土地进行有效行政管理及维护诚实信用法律原则出发，认定非同一集体经济组织内的农村居民之间房屋买卖合同的效力。故依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百五十三条第一款第三项之规定，判决撤销一审法院判决，驳回龚某、黄某、龚建某、楼某的诉讼请求。

再审情况

再审法院认为，该案为合同效力确认之诉。房屋买卖合同签订于1993年1月，当时国家并不禁止将集体土地上的房屋出售给其他农民集体成员，故应认定合同有效。同时认为，合同是否有效与物权是否发生变动并无必然关系，合同的效力在合同订立之时即已确定，不能因为合同履行不完全而认定合同无效。另外，认为原二审判决本着尊重现状、维护稳定的原则，对龚某等四人要求确认双方房屋买卖合同无效的请求不予支持，并无不当。

综上，龚某等四人申请再审的理由及请求不能成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十六条、第一百五十三条第一款第一项之规定，判决维持二审法院民事判决。

经典分析

一、集体土地上房屋买卖与宅基地使用权转让之间的关系

本案中的房屋买卖合同《杜绝卖契》，是双方当事人真实意思的表示，不违反法律的禁止性规定。那么，集体土地上宅基地使用权和房屋所有权的转移登记手续，是否是集体土地上房屋买卖合同生效的必要条件呢？要回答这个问题，首先要了解债权行为与物权行为及两者之间的区别。

按照大陆法系国家的传统民法理论，债权行为又称负担行为、义务行为，是指以发生债权债务为内容的法律行为，典型的债权行为就是合同。所谓物权行为，是指直接使某种权利产生、变更或消灭的行为。

本案争议房屋的所有权变动，是基于龚某、黄某、龚建某、楼某与王某双方签订房屋买卖合同的法律行为。这一变动包含两种法律行为——债权行为和物权行为。债权行为，也就是龚某、黄某、龚建某、楼某与王某双方签订买卖合同的行为，是引起所有权变动的原因。如果双方到相关部门办理了变更登记、取得了相关凭证，那么所有权的变动就产生了结果，这就是物权行为。双方签订买卖合同的债权行为与变更登记这一物权行为在性质上是

相互分离的。要对债权行为做出判断,应依据债法。物权变动的结果不影响债权行为的效力。本案争议房屋最终未办理转移登记,仅表明双方签订合同的行为未产生物权变动的结果,不影响合同的效力。

《中华人民共和国合同法》第四十四条规定,依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。合同是否有效与物权是否发生变动并无必然关系,合同的效力在合同订立之时即已确定,不能因为合同履行不完全而认定合同无效。

因此,本案是关于农村房屋买卖合同效力的纠纷,龚某、黄某、龚建某、楼某请求确认合同无效,应该围绕房屋买卖合同进行诉讼,而非农村土地使用权的物权纠纷,关于物权变动登记的法律规定不适用本案或者说对本案无实质影响。

二、非同一集体经济组织成员间集体土地上房屋买卖合同的效力问题

本案的争议焦点非常清楚,就是诉争双方签订的房屋买卖合同《杜绝卖契》依据当时的法律法规是否有效的问题,以及现行的法律法规有没有从合同效力的角度做出对该法律行为有法律溯及力的无效规定。

(一)只要当时的法律及政策没有明确非集体经济组织成员之间的房屋买卖是无效的,那么集体土地上房屋买卖在法律上是允许的。

农村房屋买卖的效力问题源于农村宅基地使用权的流转限制。我国相关法律法规虽然禁止将农村宅基地使用权向集体经济组织成员以外的人转让,但法律法规对农村居民转让房屋所有权并无禁止性规定。《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)款规定,“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效”。可见,是否违反法律法规的强制性规定是判定本案合同是否有效的关键,对此不得随意扩大解释。

本案房屋买卖的法律行为发生于1993年元月,是否有效应以1988年12月29日第七届全国人民代表大会常务委员会第五次会议第一次修正后的《土地管理法》来认定。该法第二条第四款有明确规定:国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。第十三条第三款的规定,赋予当时的乡镇人民政府有权处理个人之间土地使用权的争议。结合到本案当中,龚某等人与王某之间房屋买卖合同《杜绝卖契》得到村、镇政府的确认。

况且,本案买卖合同签订时相关的法律和政策不仅不禁止非集体经济组织成员之间的房屋买卖,且有条文明确允许可以将集体土地上的房屋出售给其他农民集体成员。关于合同签订当时允许集体土地使用权转让的问

题,依据当时的地随房走的原则,1989年国家土地管理局《关于确定土地权属问题的若干意见》第十三条中规定:“农民集体土地上的房屋出售给本集体内部成员,或者城镇、市郊以外的集体土地上的房屋出售给其他农民集体成员,其土地所有权不变。房产所有者享有土地所属集体其他成员同等的土地使用权。”

(二)《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》的有关条款和其他法条对本案的适用问题。

最高法院在1984年出台的《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》,该法令虽然没有明令废止,但是新法的颁布已经部分或全部替代了原来最高法院的意见,已经被替代的部分应不能再适用,未与新法相冲突的部分依然有效。

(1)该项《意见》中有两个条文与本案有关,一个是该《意见》(房屋问题)中第56条的规定:买卖双方自愿,并立有契约、买方已交付了房款,并实际使用和管理了房屋,又没有其他违法行为,只是买卖手续不完善的,应认为买卖关系有效,但应着其补办房屋买卖手续。该第56条的规定发布到本案房屋买卖法律行为发生的1993年元月间,国家发布的有关法律法规没有与之冲突,所以该条款可以适用于本案。可以认定本案的房屋买卖合同也是符合当时的司法实践的。

(2)因为房屋买卖必然牵涉到土地问题,所以另一个条文该《意见》第七个问题(宅基地问题)中的第60条规定:村镇公民之间由于买卖房屋转移宅基地使用权而发生的纠纷,应适用1988年12月29日修正后《土地管理法》,以及国土局在1989年7月5日《关于确定土地权属问题的若干意见》和1993年6月29日《村庄和集镇规划建设管理条例》的规定。其中1988年12月29日修正后《土地管理法》第十条“依法改变土地的所有权或者使用权的,必须办理土地权属变更登记手续,更换证书。”第十三条又规定个人之间土地使用权争议可以由乡级人民政府处理。从适用本案的土管法来看,法律没有禁止集体土地上房屋转让,所以诉争的房屋买卖合同是合法的。另外,1993年6月29日《村庄和集镇规划建设管理条例》第十八规定,农村村民新建住宅,使用原有宅基地、村内空闲地和其他土地的,由乡级人民政府根据村庄、集镇规划和土地利用规划批准。本案只是原村里养猪房的房屋买卖,不牵涉到新批地的问题,因此不需要审批;即使要审批,按照该条例精神,由乡级人民政府批准即可。王某购房后办理宅基地变更的行为,当时的镇政府在合同上盖了公章同意办理产权登记手续,即认为是批准。

因此,虽然王某最后没有取得讼争房屋土地使用权,但并不影响《杜绝卖契》的效力。

三、诚实信用原则已不仅是一种价值评价,更是当事人间契约的订立、履行和解释,扩及于一切权利的行使和一切义务的履行

诚信即待人处事真诚、老实、讲信誉,言必信、行必果,一言九鼎,一诺千金。"诚,信也","信,诚也"。诚信的本意就是要诚实、守信、有信,反对隐瞒欺诈、反对弄虚作假。诚信不仅仅是为人立身处事之本,也是一项法律原则,"非仅得适用于民法,公法与诉讼法均受其规律,故学者特称之为帝王条款,君临法域。"(注:王泽鉴语)蔡章麟先生曾说过这样的话:"法律为社会生活的规范,非以诚实信用为最高法律原则,无以实现社会的妥当性与公平。"诚信原则亦为我国现行民法之基本原则,虽然立法条文上没有明确,但存在于立法的本意及中国传统文化精髓之中。

本案中,龚某、黄某、龚建某、楼某转让的是其四人所有的六间平房中的四间,其四人也仍一直居住在户籍所在地村里,可以说并无影响其四人的真正权利。况且房屋买卖合同也已经实际履行完毕,购房人王某已实际长期居住达十六年多,因此,本着尊重现状、维护稳定的原则,也应当承认购房人王某对房屋的现状以及继续占有、居住和使用的权利。



国外仲裁裁决的拒绝承认与执行

——浙江某建设集团公司申请不予承认与执行蒙古仲裁委员会仲裁裁决案评析

唐国华　姚　杰*

案情简介

2003年7月31日，蒙古A公司与蒙古Y公司签订《建筑施工合同》一份，其中“担保方代表”栏盖有浙江Y建设集团股份有限公司(后更名为浙江Z建设集团股份有限公司)合同专用章，合同约定由蒙古Y公司承建位于乌兰巴托市某区的住宅与服务为一体的工程结构建筑，并于合同第十条约定：“本合同执行过程中双方如有争议，首先应友好协商解决，协商无效，应通过国内注册地法院和仲裁机关判决和仲裁。”合同签订后因蒙古Y公司未按约履行义务引发纠纷，双方协商不成，蒙古A公司将纠纷提交蒙古国工贸仲裁机构。

2006年10月6日，蒙古A公司在蒙古国家工商会向蒙古国家仲裁法庭提交一份索赔请求：要求解除《建设工程合同》，并要求蒙古Y公司及浙江Y建设集团股份有限公司赔偿相关损失。后因无法找到被索赔人，蒙古A公司又重新提交了索赔请求，最终将被索赔人更改为浙江Z建设集团股份有限公司。7月5日仲裁委员会在只有索赔方参加的情况下举行听证会，会议批准了争端解决程序，并宣布于7月31日举行听证会。7月31日仲裁委员会在只有索赔方参加的情况下进行听证并作出仲裁决定，并于8月4日以DHL快递邮件的形式将34号仲裁书邮寄给被索赔人。

2008年4月24日，浙江Z公司收到A市中级法院的传票、限期履行通

* 唐国华，男，浙江君安世纪律师事务所专职律师，擅长公司、房地产等领域法律服务。
姚杰，男，浙江君安世纪律师事务所专职律师，擅长公司、房地产等领域法律服务。

知书及财产申报令,要求浙江Z公司依据蒙古国家仲裁委员会《蒙古国家仲裁法庭在蒙古国家工商会上的判决》(以下简称"蒙古国裁决书")赔偿蒙古A公司人民币13248066元并承担仲裁费人民币131709元。

争议焦点

关于蒙古国裁决书是否符合我国承认及执行外国仲裁裁决的要求,存在三个争议焦点:(1)被执行人与申请执行人之间是否存在仲裁协议或仲裁条款;(2)合同第十条仲裁条款的效力判断;(3)仲裁程序的合法性问题。

审理判决

法院经审理认为,本案为申请承认及执行外国仲裁裁决案件,由于涉案仲裁裁决系蒙古仲裁机构作出,而我国和蒙古国均为《承认及执行外国仲裁裁决公约》,即《纽约公约》的成员国,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条及《纽约公约》第一条的规定,对涉案仲裁裁决承认及执行的审查,应适用《纽约公约》的相关规定。该公约第五条规定:"一、裁决惟有受裁决援用之一造向申请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒予承认及执行:……(乙)受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知、或因他故,致未能辩者"。经审查本案关于仲裁程序的通知的送达问题,编号为×××41的快件并不涉及仲裁程序的通知,而包括"决议程序及仲裁听证会日期"的编号为×××84的快件并未送达浙江Z公司,导致浙江Z公司未能出庭陈述意见。故本案符合《纽约公约》第五条第一款(乙)项得以拒绝承认及执行的规定情形。综上,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条,《承认及执行外国仲裁裁决公约》第一条、第五条第一款(乙)项之规定,裁定如下:对蒙古国家仲裁法庭作出的仲裁裁决不予承认和执行。

经典评析

本案自2008年5月由我们接受委托,直至2010年5月A市中级人民法院作出最终判决,经过了A市中级人民法院、省高级人民法院和中华人民共和国最高人民法院三级法院的审查,历时两年之久。我们认为,本案中所涉裁决书至少存在如下三个方面的问题:

一、被执行人与申请执行人之间是否存在仲裁协议或仲裁条款

《纽约公约》第二条第二款规定:"称'书面协定'者,谓当事人所签订或

在互换函电中所载明之契约仲裁条款或仲裁协定。"其前提是有双方当事人的真实意思表示,而非一方伪造。

浙江Z公司抗辩,其法定代表人未在该合同上签字或加盖法定代表人章及合同专用章,未授权任何人在该合同上签字或加盖法定代表人章及合同专用章,公司也没有合同上所盖的合同专用章。合同上的法定代表人章及合同专用章系合同签订人丁某伪造或盗用,公司无订立仲裁协议的行为或真实意思表示。根据上述《纽约公约》的规定,在本案中,法院首先应当对仲裁条款的真实性进行审查,《建筑施工合同》上的盖章是否系丁某个人的欺诈行为而非浙江Z公司的真实意思表示,被执行人与申请执行人之间是否有真实的仲裁协议或仲裁条款,不应不予审查。

二、合同第十条仲裁条款的效力判断

对于仲裁条款效力判断的法律适用问题,我国仲裁法司法解释第十六条规定:"对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地不明的,适用法院地法律。"对比合同第十条的约定"本合同执行过程中双方如有争议,首先应友好协商解决,协商无效,应通过国内注册地法院和仲裁机关判决和仲裁"可以看出,该条既没有约定适用的准据法,同时也没有约定仲裁地,故根据上述仲裁法司法解释第十六条的规定,应当适用法院地法律,即中华人民共和国法律来确认仲裁条款是否有效。

《中华人民共和国仲裁法》第十六条第二款规定:"仲裁协议应当具有下列内容:请求仲裁的意思表示;仲裁事项;选定的仲裁委员会。"《中华人民共和国仲裁法》第十八条规定:"仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。"合同第十条表述的"仲裁机关"显然不满足"选定的仲裁委员会"这一法定要件,系"没有约定或者约定不明确",同时当事人也从未达成补充协议,所以,仲裁协议依法应当认定无效。

此外,仲裁法司法解释第七条规定:"当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁,另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间提出异议的除外。"退一步讲,即使不考虑选定的仲裁委员会是否明确,合同第十条既约定了"国内注册地法院"又约定了"仲裁机关",且公司从未收到过任何应裁文书,不符合仲裁法司法解释第七条所规定的未提出异议的除外情形。因此,仅依

据仲裁法司法解释第七条的规定也应当依法认定该协议无效。

虽然依据上述各项法律规定显然可以得出本案中仲裁协议无效的结论,但在实务中遇到此类案件需要注意的是,依据纽约公约,仲裁条款效力问题应当依法在仲裁进行前或进行中提出,而在裁决后不予审查。因此,对于已经由国外仲裁机构作出的仲裁裁决,很难通过仲裁协议效力的抗辩理由使国内法院拒绝承认与执行。

三、仲裁程序的合法性问题

(一)蒙古国际商会委员会 2 号法令附件《仲裁规则》(以下简称"《仲裁规则》")第三十九章 39.1 条规定:"给当事人发送所有与仲裁案件有关的文件都由仲裁院秘书处负责。文件应送达当事人指定的地址或当事人最后为人所知的地址。"《仲裁规则》39.2 条规定:"仲裁申请书、答辩书、仲裁裁决或者决定应当以挂号信方式寄送。"《仲裁规则》39.3 条规定:"上述文件应在当事人签收后交付当事人。"本案的裁决违反上述规则。

(二)裁决违反《纽约公约》规定程序。《纽约公约》第五条第一项(乙)目规定:"受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知,或因他故至未能申辩者,始得依该造之请求,拒绝承认及执行。"本案中,被执行人从未获得有关该案的任一适当通知,申辩权的剥夺亦当属无疑,完全符合《纽约公约》关于拒绝承认及不予执行规定的情形。

(三)裁决书认定的事实缺乏证据。裁决书关于被执行人"于 2007 年 6 月 1 日确认已收到过相关索赔文件"的认定,与客观事实不符,没有证据支持其认定。

(四)裁决严重违反程序。该案裁决回避合同当事人蒙古 Y 公司,仅凭申请执行人(仲裁申请人)蒙古 A 公司的单方陈述及举证进行仲裁审理,违背了其自己将仲裁协议认定为三方协议的事实,将"三方"仲裁变更为"两方"仲裁,实际只有申请执行人(仲裁申请人)蒙古 A 公司"一方"仲裁。《纽约公约》第五条第一项(丁)目规定:"裁决惟有受裁决援用之一造向申请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒绝承认及执行:(丁)仲裁机关之组成或仲裁程序与各造之协议不符,或无协议而与仲裁地所在国法律不符者。"

最终,法院以关于仲裁程序的通知未能有效送达浙江 Z 公司,导致浙江 Z 公司未能出庭申辩为由裁定不予承认和执行,依法维护了被执行人的合法权益,使被执行人巨额财产免受他人非法侵害。

新政下买方贷款落空能否解除合同?

——黄某某、刘某某与梁某某房屋转让合同纠纷案评述

李国刚　金炜亮*

案情简介

申请人:黄某某、刘某某

被申请人:梁某某

2010年4月15日,黄某某、刘某某(以下简称两申请人)与梁某某签订一份《房屋转让合同》,约定两申请人购买被申请人所有的房屋一套,转让价格为1965700元,付款方式为首付款59万元整于2010年4月22日前汇入银行保证金账户,剩余房款1375700元整商业贷款;买方逾期付款超过7日的,应向卖方支付违约金28万元,合同终止,买方将房屋退还给卖方。同日,双方又签订一份《房屋转让合同补充协议》,约定买方协助卖方归还卖方原房屋贷款,首付款59万元归还原房屋贷款不足部分在卖方归还银行贷款当天由买方借给卖方。两申请人向房产中介公司缴纳购房意向金20万元,中介公司将该款项支付给梁某某。2010年4月16日,两申请人将首付款59万元汇入银行账户。2010年4月17日,新国十条出台,规定对贷款购买第三套及以上住房的,贷款首付款比例和贷款利率应大幅提高,具体由商业银行根据风险管理原则自主确定;商品住房价格过高、上涨过快、供应紧张的地区,商业银行可根据风险状况,暂停发放购买第三套及以上住房贷款。另查明,两申请人已于2009年购买两套房屋。2010年4月29日,两申请人以国家对房贷政策调整导致贷款无法实现为由向仲裁委员会申请仲裁,要求解除《房屋转让合同》和《房屋转让合同补充协议》,并要求梁某某返还

* 李国刚,男,擅长建筑房地产、民商事、公司法律顾问等法律事务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。
金炜亮,女,主要从事房地产、民商事等法律事务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。

意向金20万元。

争议焦点

一、房产调控政策的法律性质。
二、新政下买方贷款落实能否解除合同?

审理判决

情势变更原则是严守契约原则的例外,该原则本身过于弹性,加上目前在我国尚缺完善的法律制度支持,因此,我国司法实务中对该原则所持的态度都是非常谨慎的。作者作为被申请人梁某某的代理律师,着重从情势变更原则的立法现状、法理基础和司法实际出发,本着当事人利益最大化的原则,选择对当事人最有利的解决方案。经作者律师多次沟通努力,在综合考虑涉案房屋市场价值、合同继续履行利弊以及国家宏观调控等因素情况下,本案最终以调解结案。

经典分析

本文案例是一则关于新政下买方贷款落空应当如何处理的房屋买卖合同纠纷,涉及房产调控政策的法律定性问题、贷款落空的合同解除问题以及如何有效维护新政下买卖双方的合法权益等问题,在政府宏观调控房地产市场的今天具有一定的典型性和实务价值,本文拟对这些问题进行分析。

一、房产调控政策的法律性质

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十六条规定:"合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。"这是情势变更原则的条文规定。情事变更是诚实信用原则在合同法领域的具体应用,是诚实信用原则的具体化,其构成要件包括:

(1)必须是当事人订立合同时无法预见的客观情况。若该客观情况发生在合同成立之前,则签订合同的基础就已经是变更了的情事,也就无所谓情事变更。如果当事人对于变更有预见性,也不属于情事变更。

(2)必须是非不可抗力且不属于商业风险的重大变化。不可抗力与情

事变更的法理基础不同，两者不能等同；商业风险是社会经济运行中的正常现象，是可以预见的，相应的风险和损失应由市场主体自己承担，商业风险不属于情势变更。

(3)继续履行合同对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的。情事变更是公平原则的体现，只有继续履行合同会造成明显不公或不能实现合同目的时，才有可能变更或者解除合同。

另外，情事变更原则还要求当事人双方都无过错，即不可归责于当事人双方的事由而引起，如果是由当事人双方或一方过错而引起，则不属于情事变更，有过错方应承担相应的责任。

情事变更原则是以合意为基石的合同法大原则的例外原则。为防止该原则被滥用，最高院不仅从程序上要求谨慎适用该原则，如《最高人民法院关于正确适用＜中华人民共和国合同法＞若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》第二条规定："严格适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)第二十六条。对于上述解释条文，各级人民法院务必正确理解、慎重适用。如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。"还从具体内容上谨慎适用该原则，选择用"因不可归责于双方当事人的事由"来表述情事变更，如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定："出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，……因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。"第二十三条规定："……因不可归责于当事人双方的事由未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，当事人可以请求解除合同，出卖人应当将收受的购房款本金及其利息或者定金返还买受人。"

对于新政的停贷或限贷政策，按揭贷款购房是大多数购房者，尤其是首次置业或小套不足以满足居住需要的刚性需求者的选择，在对特定对象停止发放住房贷款的政策下，要求继续履行合同，有可能对一方当事人不公平，甚至合同无法履行，此时，可允许当事人变更或解除合同，除非买卖双方在合同中对此另有约定。这是情事变更原则的体现，当然，为谨慎适用该原则，笔者认为将停贷或限贷政策归属为不可归责与当事人双方的事由更为妥当。

二、新政下买方贷款落空能否解除合同

对于新政下买方贷款落空能否解除合同的问题，笔者认为，若买卖双方

未约定以按揭贷款方式付款，限贷政策出台后，买受人无权请求解除合同，因为此时买受人已经预见或应当预见到极有可能非以按揭贷款的方式付款，甚至不打算通过按揭贷款付款，此时买受人的付款能力并不受贷款政策的影响，因此，买受人若以其因受限贷政策影响而无法继续履行为由请求解除合同的，不应支持。若买卖双方约定以按揭贷款方式付款，新政出台后，买方的贷款申请受到新政限制或禁止从而导致贷款落空无法继续履行合同的，笔者认为，此时赋予买方解除权是合适的，出卖人应当将已收购房款或者定金返还买受人。若买卖双方约定以按揭贷款方式付款，并对贷款不能批下有特殊约定的，应以该特殊约定为准，因为订立合同时买卖双方已经预见到贷款落空的情况有可能发生，并已对该情况作出了后续约定，此时再赋予解除权，不符合公平的理念。

三、如何有效维护新政下房屋买卖双方的利益

2010年以来，楼市进入癫狂状态，房价疯涨，成交量飙升，国务院密集出台政策遏制房价上涨。政策前后买卖房屋极易受到调控影响。本案买方计划贷款落空，资金出现缺口，此时卖方再要求继续履行合同并非一个好的策略，作者律师本着当事人利益最大化的原则，全方面考虑各种策略和结果，最后在买卖双方均能接受的平衡点上达成一致，由买方补偿卖方失去高位成交机会的损失后解除合同。这样的结局，不仅对买卖双方都有利，也维护了合同与法律的尊严。

此外，由于社会经济活动的复杂性，市场主体为了追求更大的商业利润，当面临损失时，往往会将商业风险归结为情势变更，从而要求变更或解除合同，给另一方当事人造成损害。对于有些购房贷款经验丰富的投资客来说，很难说他们在购房时就没有考虑到银行贷款落空的投资风险，为追求经济利益，在房价疯涨、成交量飙升时追买，在房价走低，预期投资利益不能实现时又以不能办理按揭贷款、无法继续履行为由主张解除合同，这显然对卖方不公平。为明确买卖双方订立合同时的真实意愿，防止扯皮，笔者建议买卖双方，尤其是处于国家政策调控的密集时期买卖房屋，约定解除合同的情形尤为重要，比如本案若将买方贷款未获批准或批准贷款数额不足作为合同解除的条件，或者约定由买方自筹资金付清剩余全部房款，那么案件的性质及纠纷的处理会更加明朗简洁。

“跳单”情况下委托方应向中介支付违约金

——A公司与梁某居间合同纠纷案评析

郑　磊*

案情简介

2010年5月，梁某与A公司签订《房屋求购委托协议》一份，约定：A公司为梁某提供房屋购买居间服务，梁某按照双方约定的标准支付代理费；若梁某或其代理人、亲属与A公司介绍的卖方在看房后的六个月内未通过A公司完成该房屋(以看房确认书签字为准)买卖交易的，视为梁某违约，应向A公司支付全额代理费并承担该代理费一倍的违约金。同时，双方还就代理费标准和纠纷管辖做出了约定。同日，A公司向梁某提供了董家新村3幢9单元402室房屋的看房服务，并经梁某签字确认。在看房的当日，梁某即通过其他中介找到房主，达成买卖意向。2010年6月，梁某与前述房产的产权人签订《房屋转让合同》，并于2010年7月完成上述房产的产权过户手续，随即领取房产证。

A公司为此于2010年12月向法院起诉，请求判令梁某按照违约条款支付全额代理费，并承担该代理费一倍的违约金。

争议焦点

本案的争议焦点是：

1. 梁某在接受A公司的看房行为后，又通过其他中介公司完成交易的行为是否构成违约？

2. 双方约定的违约责任条款是否格式条款？对当事人是否有约束力？

3. 代理费(居间报酬)和违约金能否同时约定？

---

* 郑磊，男，浙江大学经济法硕士，主要业务领域为公司、房地产法律事务，浙江君安世纪律师事务所律师。

审理判决

法庭根据审理查明的事实,认定:梁某为购买房屋,与A公司签订房屋求购委托协议,并通过A公司提供房源信息及陪同下查看了本案所涉房产,双方已形成居间合同关系。现被告在看房后未告知原告即通过其他中介公司购买了本案所涉房产,致使A公司无法提供后续居间服务,梁某的行为已构成违约,理应依约承担相应的违约责任。被告关于是因原告工作人员想做私单,并未能与房东谈妥价格,导致居间服务未能完成的抗辩意见,无有效证据佐证,本院不予采信。鉴于违约金以补偿性为主、兼具惩罚性的性质,根据公平原则和诚实信用原则,结合本案的实际履行情况,对原告要求被告支付违约金7588.75元的诉请,本院酌情认定被告应向原告支付违约金3000元。关于原告要求被告支付居间服务费7588.75元的诉请,因涉案房屋买卖合同并非通过原告的居间服务促成,故不予支持。

法院据此判令:

1. 梁某于判决生效之日起十日内支付违约金人民币3000元;

2. 驳回A公司其他诉讼请求。

经典评析

随着二手房交易量的大规模递增,在房地产中介服务市场产生的法律纠纷也日益增多,本案就是其中比较典型的中介机构与委托人之间的法律纠纷,俗称"跳单"。目前该类纠纷已成为普遍现象,委托人为了规避高额居间报酬必然会各出奇招,中介公司为了维护自身利益和员工福利又自然会诉诸法律,而法院在维护交易市场秩序和保护消费者利益方面就会处于两难境地。因此,对于该类型案件的讨论和梳理具有重要实践意义。

一、委托人接受看房服务后又通过其他途径完成房产交易是否构成违约?

在本案中,梁某与A公司签订了《房屋求购委托协议》,也接受了其提供的服务并签字确认,在梁某的法庭自述中也承认A公司的员工曾两次带其与房东洽谈,以上证据均证明梁某与A公司已形成居间合同关系,而A公司也积极履行了其促成合同成立的义务。对于梁某而言,其一方面接受A公司的服务,另一方面却通过其他途径完成房产交易,显然符合《房屋求购委托协议》关于情形的约定,同时应推定其在主观上具有逃避居间报酬的恶意,除非梁某能举出足够的反证以证明其不存在故意,比如,梁某可以提供另一家中介公司出具的正规发票,若该居间报酬金额超过A公司的标准

的，则不宜认定为其有违约的恶意。

因此，梁某的行为构成违约无疑。

通过以上分析，笔者认为，"跳单"违约行为的认定可以概括为三个条件：

1. 客户与中介方签订《委托合同》且中介公司提供了房源信息或成交机会（应提供经签字确认的《看房确认书》）；

2. 中介公司积极履行媒介服务（主要包括中介公司是否最先向委托人提供看房服务、中介公司是否有能力促成交易，可以提供与房东及客户的聊天记录、就房源进行磋商的录音资料等证据）；

3. 客户通过其他途径成交并且有逃避佣金的恶意。

二、双方约定的违约责任条款不因格式条款而无效，行为人在构成违约的情况下应按约支付违约金

房地产实践中，委托人与居间方在《看房委托书》或《房屋求购委托协议》中通常会约定，如果委托人或其代理人、亲属与居间方介绍的卖方在看房后的六个月内（具体期限因不同中介公司会有所差异）未通过居间方完成该房屋买卖交易的，应按照房屋成交价格的 2% 进行赔偿（或者约定为：除了应向居间方支付全额代理费，还应该承担该代理费一倍的违约金）。这一条款的效力直接关系着恶意跳单的委托人所应承担的责任。

上述问题可以从两方面来看。

1. 该违约责任条款属于有效的格式条款

《合同法》第 39 条第二款规定："格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款"。根据房地产中介市场交易习惯，类似《房屋求购委托协议》或《购房委托书》的合同通常是中介公司为了重复使用而预先拟定，并且就条款内容在订立时未与对方协商，因此应认定为格式条款。

但《合同法》第 40 条规定："提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效"。而前述条款是关于委托人恶意避开中介公司的违约责任条款，并不是指中介公司只要带委托人看了房，无论成交与否，中介公司均可获取居间报酬，而是指中介公司履行带委托人看房的报告义务后，委托人存在以逃避支付居间报酬为目的的不正当交易行为，应就该行为承担相应民事责任。该条款旨在保护中介公司作为居间人依法应当享有的权益，并不存在免除一方责任、加重对方责任、排除对方主要权

利的情形,应认定为有效。

2. 上述违约条款的约定与《合同法》中关于居间合同的规定并不冲突

依据《合同法》第 426 条和 427 条之规定,居间人的权利义务极其明确:促成合同成立的,收取报酬;未促成合同成立的,收取必要费用。故倘若居间方仅持有看房委托书而未促成交易的,则无权获取报酬。很多人据此认为:居间人与委托人的权利义务关系仅限于费用或报酬,不存在所谓的违约责任的提法,法律对此亦不允许。

兹以为,如果违约条款中仅约定了房屋成交价 2%的违约金,而不涉及居间报酬(或代理服务费)的,则该条款自然有效,因为法无明文禁止即自由,《合同法》仅禁止合同未成立的情况下收取居间报酬,但并未禁止居间人与委托人就合同履行的部分情况约定违约责任,只要该约定系双方真实意思表示,不违反社会公共利益和法律强制性规定,就应赋予其效力,以体现民事主体意思自治。更何况,委托方之所以会选择其他途径完成交易,通常是为了规避应支付的居间报酬,主观上存在恶意,如若对该行为加以保护,则会有违诚实信用原则和市场经济交易规则。因而在恶意跳单的情况下要求过错方支付违约金,有利于维护正常的交易秩序,避免道德风险。

三、违约金和居间报酬不能同时约定

当居间报酬和违约金都加以约定的情形下,又能否得到支持呢?

违约金的效力已如上文所述,对于居间报酬,笔者认为,尽管从形式而言,之后的房屋买卖过程并未有原居间方的参与,而体现为新的中介公司的服务。但就本质来看,买卖双方之所以达成交易,系由于原居间方的信息渠道和服务网络,并且因其看房服务,已事实上促成了房屋买卖合同的成立,二者存在法定因果联系,依据《合同法》第 426 条,原居间方有权收取报酬。同时,假若将居间合同视为一个"附生效条件"的民事合同,则依据《合同法》第 45 条第 2 款前半段"当事人为自己的利益不正当阻止条件成就的,视为条件已成就",同样应认为委托人付款条件已成就。尽管一个完整的居间过程还包括办理银行按揭、协助产权过户、办理房屋验收和水电结清等手续,但原居间方未能提供上述服务系求购人的行为造成,居间方对此并无过错,不能据此影响其取得全部报酬的权利。所以如果单纯约定居间报酬而未约定违约金的,亦应支持。最高人民法院对此认为:在居间合同中,委托人在没有充分证据证明受托人提高居间报酬的情况下,避开受托人与原业主成

交，委托人仍应当向受托人支付居间报酬。[①]

但是，二者不能同时约定。因为居间报酬是在促成合同成立的情形下收取的，而违约金则是一方违约的情况下适用，换言之即未促成合同的情况下才适用违约金，性质的不同决定二者不能并存。进一步说，我国的违约金在本质上以弥补当事人的实际损失为原则，而在跳单情况下，居间人的损失通常以居间报酬为表现形式，故在具体适用违约金时，应与主流意见的"补偿性违约金"以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十九条"约定的违约金不得超过造成损失的百分之三十"进行协调，再加上《合同法》关于"促成合同成立的，收取报酬；未促成合同成立的，收取必要费用"之规定，支持了违约金，就不应再支付居间报酬了。

一审判决正是基于此种考虑，在支持了居间人的部分违约金请求的基础上，驳回了支付居间报酬的诉请。

综上，一审判决为今后的房地产中介服务提供了有益的司法参考。今后中介公司可以在合同中约定更为合理的违约责任条款，以最大限度地保护自身利益。而作为普通买房者的委托人也应不断增强法律意识，树立诚实信用的交易理念，不要为了一些蝇头小利而损害其他主体的合法权益，破坏市场交易规则。

---

① 刘德权主编：《最高人民法院司法观点集成(第一册)》，人民法院出版社 2009 年 1 月第 1 版，第 454 页。

因发包人破产引发的建筑企业内部经济承包纠纷

——王某诉浙江某建筑公司建设工程合同纠纷一案评析

郝 利*

案情简介

2004年10月16日,被告浙江某建筑公司与某电子照明有限公司签订了建设工程施工合同一份,由被告承建某电子照明有限公司电子车间的土建工程,合同中约定原告王某为该工程的项目经理。2004年11月20日,被告与原告王某签订了《企业内部经济承包责任书》一份,双方约定由原告以内部经济承包的方式负责实施该工程,并约定了相应的权利与义务。在原告与被告之间,采用风险承包的办法,由原告负责向被告兑现责任书的全部内容,并对工程项目所产生的债权债务负全部责任,被告对其实行统一管理,工程质量、工程款使用等实行监督管理;协助处理有关工程质量、安全问题,协助做好工程验收及结算工作,审查上报的资金使用计划,及时办理各种财务结算手续。施工合同和内部承包责任书签署后,原告即开始负责实施工程,期间以被告和其个人的名义对外签订了大量的工程材料等购销合同。2004年12月14日,由原告王某代表被告公司与工程发包人上虞市某电子照明有限公司又签订了补充条款一份,约定由被告按进度垫资50%(发包人支付利息)。工程完工后,因发包人上虞市某电子照明有限公司被宣告破产,1508434元的工程款(含利息和违约金)无法收取,故酿成本案的讼争。

2009年8月18日,王某向法院起诉,认为其与被告浙江某建筑公司签

* 郝利,男,浙江大学工学学士、法学硕士,专业从事招标投标、项目投融资与工程建设诉讼及非诉讼法律服务,浙江阳光时代律师事务所专职律师。

订的《企业内部经济承包责任书》为转包合同，请求法院确认无效，并要求被告支付其垫付的工程款及利息 1508434 元。

争议焦点

本案的争议焦点是原、被告双方所签订的企业内部经济承包责任书的认定以及原告是否存在工程垫资的问题。

审理判决

一审法院认为：

原、被告双方所签订的企业内部经济承包责任书，从表面上看系双方的内部经济责任协议，其内容系双方建设工程中的经济责任所做的约定，应属公司内部的一种经营方式，其内容并未违反法律法规的强制性规定，且在工程管理上，公司对项目的技术、工程质量、工程款使用等仍然要实行监督管理，并非完全由项目部自主管理。而作为转包，是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定，直接将工程转包他人，是对原承包合同的权利、义务的再约定。本案中被告与某电子照明有限公司签订合同时，在合同中已明确工程的项目经理为原告，继而原、被告之间对该工程的经济责任进行了约定，被告承担对建设工程施工的监督管理，因而不具有转包的形式，故法院认为原、被告双方所签订的企业内部经济承包责任书合法有效。对于原告所主张支付工程垫付款的请求，因根据原、被告双方的约定应由原告承担债权债务，其向被告主张不符合双方的约定，法院也不予支持。因此，法院一审判决驳回原告王某的诉讼请求。

原告王某不服一审判决，提起上诉，但由于未在规定期限内预交上诉案件受理费，二审法院裁定按自动撤回上诉处理。

经典评析

实践中，建筑企业项目经理内部承包的情况相当普遍，以内部承包为名的挂靠或转包现象也很常见。原告王某和被告公司之间是建筑企业的内部承包还是法律所禁止的转包或挂靠，是本案的关键所在。同时，因发包人破产导致无法收回的 150 余万元工程款是否能作为原告向被告主张的标的也同样重要。

一、建筑企业内部承包的合法性分析

在我国现行的法律法规中，对于企业内部承包问题一直没有做系统性

的规定。然而,内部承包的经营模式并不为我国法律所禁止。1987 年,原国家计委、财政部、中国人民建设银行发布《关于改革国营施工企业经营机制的若干规定》,其中第 2 条规定,“施工企业内部可以根据承包工程的不同情况,按照所有权与经营权适当分离的原则,实行多层次、多形式的内部承包经营责任制,以调动基层施工单位的积极性。可组织混合工种的小分队或专业承包队,按单位工程进行承包,实行内部独立核算;也可以由现行的施工队进行集体承包,自负盈亏。不论采取哪种承包方式,都必须签订承包合同,明确规定双方的责权利关系。”铁道部等部委也曾经以文件的形式肯定了“项目经理对所承担的施工项目实行独立核算,加强成本控制。项目管理实行内部层层承包的经济责任制”的做法。因此,只要双方签订的《企业内部经济承包责任书》是双方真实意思的表示,不违反国家法律、行政法规的规定,按照民事活动“意思自治”的原则,应当被认定合法有效,并据此明确双方权利义务和责任承担形式。

实践中,以内部承包为名的挂靠也很多见。通常的表现形式是:没有建筑资质的民事主体以有资质证书和营业执照的建筑企业的名义对外承接工程,并定期向该建筑企业上交一定的费用。在实务中挂靠双方为了达到规避法律的目的,挂靠人往往以被挂靠人的分支机构(如第×工程处、第×工程队)或委托代理人(如项目经理、工地负责人)等名义出现。通常由挂靠人负责协调项目的人、财、物及施工管理,被挂靠人则负责处理项目的对外事务。因借用了有资质的被挂靠人的企业名义,挂靠人须向被挂靠人缴纳一定数额的管理费。我国《建筑法》明确规定,“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程”。因此,挂靠是为我国法律所明文禁止的。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》,存在挂靠(借用资质)行为的,不仅所签署的挂靠合同无效,人民法院还可以收缴当事人已经取得的非法所得。

本案中,原被告双方签订的《企业内部经济承包责任书》虽然约定了由原告采用风险承包的方式自负盈亏,但被告公司对工程质量、工程款使用等实行监督管理,协助处理有关工程质量、安全问题,协助做好工程验收及结算工作,审查上报的资金使用计划,及时办理各种财务结算手续。因此,原被告之间并非借用资质关系的挂靠,而是承包人独立承担经济风险的内部承包。

二、合法的内部承包与转包的区分

我国的法律同样明文禁止工程转包的行为。《建筑法》规定，“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人”。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》同样规定转包合同无效，且人民法院可以收缴当事人已经取得的非法所得。相比合法的内部承包和挂靠而言，内部承包和转包之间相对比较容易区分。《建设工程质量管理条例》规定，“本条例所称转包，是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为”。因此，首先从主体分析，与内部承包不同，接受转包的主体通常为施工企业，而内部承包的主体通常是自然人或分公司(项目部)；其次，转包模式下，接受转包的主体通常以自己的名义对外签订合同、实施工程，而内部承包的模式下无论项目经理还是分公司都是以公司的名义对外签订合同和实施工程的，虽然也有部分合同是以项目经理个人或分公司(项目部)的名义对外签署的，但仍应视其为代理行为。

本案中，被告与项目发包人签署的工程承包合同专用条款第 7 条中明确规定，被告负责本工程的项目经理为王某(即本案原告)。既然原告是被告的项目经理，显然不应和原告构成转包关系。在实际的工程施工过程中，原告也是以被告公司的名义，而非自己的名义开展工作的。被告代表原告于 2004 年 12 月 14 日与发包人签署的补充协议，就是一个很有力的证据。因此，原告和被告的关系界定为内部承包而非转包更为准确。

三、有关损失的认定和承担

由于工程发包人某电子照明有限公司的破产，导致 1508434 元工程款无法收取是法院判决认定的事实，也是引发本案的导火索。但该 150 余万元是否能构成原被告双方之间争议的标的呢？虽然原被告双方有自负盈亏的约定，但从法律上讲，这 150 余万元应该是被告的损失，并未转化为原告的损失，更无法直接转为被告对原告的债务。原告在起诉状中将该 1508434 元主张为其为工程垫付的款项，但并没有提供相关垫付款项的证据，同时又提出被告没有支付工程款的行为导致其无法付清所欠的民工工资及工程材料款。这显然又是自相矛盾的，如果原告垫付了全部工程款就

不会存在拖欠民工工资和工程材料款,既然拖欠就说明原告并没有垫付工程款。因此,原告主张其为被告垫付工程款 1508434 元的说法由于缺乏足够的证据支持而难以成立。

我们进一步分析,如果原告真的存在垫付工程款的行为,那么是否一定可以向被告主张呢?

首先,如果原被告之间的《企业内部经济承包责任书》合法有效,则根据双方风险承包的约定,有关债权债务应由原告承担。

其次,如果双方之间构成转包关系,原告应以自己的名义与第三方发生债权债务关系,若原告以被告名义与第三方发生债权债务关系当属于无权代理。因此,最后的损失和责任仍应由原告而非被告承担。

最后,原告和被告之间长期采用项目经理风险承包的内部经济承包方式。如果原告赚钱了可以自己拿走,亏损了就起诉被告,要求被告承担损失,这不仅违反了《民法通则》规定的公平和诚实信用的基本原则,而且将给建筑市场的秩序带来巨大的冲击和影响。

因此,无论损失是否存在,都应由原告自己而非被告承担。

知识产权篇





著作权案件中对被侵权人权利的适当限制

——上海某知识产权代理有限公司与浙江某报社著作权侵权纠纷案评析

孔建祥*

案情简介

原告上海某知识产权代理有限公司诉被告浙江某著名报社著作权侵权纠纷一案,原告以其拥有从第三人受让取得的某两明星的婚纱摄影作品著作权为由,对被告单位因在其举办的下属网站上使用了其中几幅照片,要求赔偿3万元经济损失及维权合理费用等。

争议焦点

1.在当今网络环境下,著作权的保护及权利的适当限制是否冲突?著作权"不是用来规定特定的私人利益。相反,这种有限的授予是一种实现重要的公共目的的手段。"[①]随着网络技术的发展,著作权保护在网络环境空间上得到了延伸。网络在延伸著作权人的保护空间的同时也大大扩充了作品使用者利用作品的方式和途径,因而也需要对网络环境下著作权保护给予适当限制,以实现各方利益均衡。

2.本案被告侵权事实是否存在?程度是否严重?损失及计算的依据如何?被告得悉下属网站使用这些作品涉嫌侵犯他人权益后,立即采取措施进行了删除,避免了损害后果的扩大,鉴于该权利人既没能提供相应的证据证明自己因本案被控侵权行为所招致的实际经济损失,也没能证明被控侵

---

* 孔建祥,男,中国农业大学信息与电气工程学院本科毕业,工学学士,浙江大学电力系统及其自动化、中国政法大学民商法学在职研究生。主要办理知识产权、建筑与房地产、公司法、合同法等诉讼和非诉讼业务。浙江六和律师事务所专职律师。

① 王太平:《著作权保护的双重限制——以死海古卷案引之为鉴》,《知识产权》2007年第4期。

权方的实际获利,依照相关法律和司法解释的规定,拟综合考虑涉案作品的类型、侵权行为性质以及由此所造成的后果等情节,基于本案争议的事实,要求受诉法院依法公正裁判。

审理判决

被告单位从一开始就要求本代理人通过积极与对方代理人联系协商以表达愿意调解之意,也表示愿意支付按照较高稿费标准近五倍的费用,但终因双方要求差距较大,没有达成协议。一审基层法院判决虽然认定本案被告侵权成立,但考虑案件实际,综合认定并判决赔偿原告各种经济损失共计6000元,而没有全部支持原告所提的高额赔偿3万元及其他诉讼请求,也正是基于考虑对于原告该等权利的适当限制。本案原被告均没有上诉,判决已经生效,被告也已自动履行。

经典评析

一、案件背景

(一)因被告是浙江省某省级单位所属,差额补贴的事业新闻单位,非经营性商业企业及网站。

出版的平面报纸是浙江省内的主要媒体之一,也是浙江省某单位的机关报,是面向社会、面向全省的综合性报纸。多年来,它始终坚持为职工、为企业服务的宗旨,坚持维权的特点,强化新闻的理念。

在具体办报中,坚持人文精神,贴近社会、贴近生活,敢抓一些重大新闻和热点难点报道,以强烈的社会责任感,针砭时弊,维护广大职工的合法权益并开展正确的舆论监督。多年来,刊发了一些好新闻、好作品,尤其是每周一期的特刊,常刊登一些热点、难点和有影响力的新政、维权等内容,在全省乃至全国产生过重大影响,深受广大领导干部和职工群众喜爱,拥有比较广泛的读者群。在报纸版面上,力求标题鲜活,图片优秀,内容兼具指导性、可读性,追求震撼力、亲和力和视觉上的冲击力。

在报社"传播新知、彰显正义、拼搏今天、共创辉煌"精神的大旗下,聚集了一批有着强烈事业心和责任感的采编及管理人才,在激烈的报业市场竞争中,通过人事制度改革,充分显示了勃勃生机和事业发展的巨大潜力。

颂扬真善美,宣传党的政策,架起职工群众与政府之间的桥梁,维护法律与公道的尊严,抨击丑恶之事,曝光社会问题,报社始终以承载社会责任为第一追求,字里行间传递给读者的,是社会的正气、正派、正义;让读者深深感知到的,是它的公心、爱心、良心。

（二）原告所诉涉案图片并非刊发于其报纸和相应电子版网站，而是其下属的在线新闻网，其是不久前刚经有关部门批准设立，并由报社主管、主办并负责日常数据处理和维护的新闻网，也非商业性经营大型门户网站。

建立该在线新闻网站，旨在借助网络渠道更好地服务我省广大职工，服务各项事业，立足本地，面向外界，以新闻为主干，为我省经济建设和社会进步做出贡献。网站的新闻宣传严格遵守《互联网新闻信息服务管理规定》，坚持正确的舆论导向，自觉接受政府新闻办的管理和指导。同时，自觉加强网络新闻采编队伍和制度建设，把好网络新闻编发审核关，维护网络新闻的真实性、准确性和合法性。

（三）因该网站刚开始上线测试，需要充实栏目内容，操作人员从网上转载了当时就大量充斥网络的涉案某明星的婚纱艺术照，并非其首次传播，也并非用于网站首页，是栏目内页的其中一条娱乐新闻。报社在收到原告律师函后才得知可能涉嫌侵权，立刻进行了删除，故造成的影响甚微。被告不认为因此侵权而需要高额赔偿，但愿意按照有关照片标准支付相应稿酬。

二、权利正当性

著作权保护需要给予一定的内在限制和外部限制。著作权保护的内在限制为了恰当地授予著作权，著作权法在其内部设置了许多著作权取得的具体条件，这些条件有效地平衡着著作权人和社会公共利益之间的平衡。

著作权保护的外部限制是指一件作品即使符合了著作权法规定的著作权保护的实质要件，仍然可能得不到保护。因为著作权保护不仅有内部限制，还有外部限制。著作权保护的这种外部限制主要是其他更为基本的权利和社会公共利益。著作权法保护著作权显然具有更为根本的终结目标。因此我们在设计法律制度之际，效率性、正义和公正性等要素均需考虑，但即便如此，仍不能直接跳跃到自然权利论上。相反，“正因为不能不考虑正义和公正性，才更不能允许仅仅只强调创作者的权利，而不顾被其权利所限制的其他人的行动自由的做法”。[①]

（一）首先，原告及第三人上海某文化传播有限公司并未标明涉案图片不得转载，也没有采取必要的告知和限制措施，网上对于该种维权方式的正当性已经普遍提出了质疑。

因并未标明涉案图片不得转载，也没有采取必要的告知和限制措施，因

---

① 王太平：《著作权保护的双重限制—以死海古卷案引之为鉴》，《知识产权》2007年第4期。

此网络上有关涉案作品被转载无数,也没有证据证明是谁首先刊发了该等图片并发布到网上,因明星效应而争相转载该娱乐新闻。

(二)其次,根据涉案图片显示主要是为影楼代言的婚纱摄影艺术照,根据现在网上搜集到的代言婚纱影楼有很多,如此大量的授权收费,有关人士和网民提出了质疑,明星到底是为谁代言,授权哪家影楼使用?各地小小影楼能找涉案图片的大牌明星代言吗?根据网上的介绍,才得知是第三人法定代表人出资邀请该两明星拍摄了该等图片,并以收费授权方式大量授权全国各地影楼作为形象代言人,该等做法本身就受到广大网名的质疑。

(三)同时,对于原告从第三人处受让授权图片著作权的真实性,尤其是转让价款,并对于如此方式进行大量全国范围所谓的打假维权,以经营方式职业打假维权,网民及相关单位也对其提出了合理的正当性质疑。原告从第三人处得到涉案某明星婚纱、礼服摄影作品,但原告及第三人均尚未有证据提交证明其业经某明星授权依法取得了该两位艺人在涉案婚纱、礼服摄影作品上的肖像使用权及相应使用范围、期限等,对此涉案作品的权利完整性提出质疑。

三、权利限制

作为名人、明星出镜代言的婚纱艺术照,对于属于公众人物的娱乐性、艺术性内容,新闻网站转载使用应不构成侵权。相反,对于扩大其知名度和形象宣传,并对原告授权收费获益有好处。

(一)在我国著作权法的体系中,涉及纸媒作品“权利限制”有以下两种:

1. 合理使用。合理使用指非著作权人基于合理的理由,以合理的方式使用作品而不需要取得著作权人的同意,并可以不向其支付报酬。合理使用应指明作者姓名、作品名称和出处,并不得侵犯著作权人依法享有的其他权利。

2. 法定许可。法定许可是指根据法律的直接规定,以特定的方式使用他人已发表的作品,可以不经著作人许可,但应当向其支付报酬的制度。[①]

(二)我国《著作权法》第四节权利的限制第二十二条规定:在下列情况下使用作品,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利:……(2)为

① 佚名:《〈著作权法〉赋予载纸媒作品的权利及限制》,中顾网,http://news.9ask.cn/zzq/zzqbh/zqbhzs/200903/164752.htML

介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；(3)为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品。

(三)我国《著作权法》对法定许可的规定有五种情形：(1)实施九年义务教育和国家教育规划而编写出版教科书。(2)报刊转载的法定许可。(3)录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品。(4)广播电台、电视台播放他人已发表的作品。(5)广播电台、电视台播放已经出版的录音制品。其中对涉及纸媒作品的法定许可作出了很多规定，但这些条款都没有涉及网络环境下传播作品的情形。

后因考虑互联网络发展迅速、为平衡社会公众利益等相关因素，《最高院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定："已在报刊上刊登或者网络上传播的作品，除著作权人声明或者报刊、期刊社、网络服务提供者受著作权人委托声明不得转载、摘编的以外，在网络进行转载、摘编并支付报酬、注明出处的，不构成侵权。但转载、摘编作品超过有关报刊转载作品范围的，应当认定为侵权。"值得肯定的是，《信息网络传播权保护条例》填补了我国著作权法体系中关于作品在网络环境下合理使用的空白。因为《著作权法》及相关法规都没有明确规定网络环境下合理使用作品的情况；且在网络环境下，作品传播的特殊性导致传统的合理使用规则很难适用于网络，该条例的出台将使认定网站的上载行为是否属于合理使用成为可能。

(四)《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》)第六条通过信息网络提供他人作品，属于下列情形的，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，这就意味着网站在上载关于涉及时事性的新闻或文章及公众集会上发表的讲话时，如著作权人没有声明不得传播，该上载行为不构成侵权：(1)为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品；(2)为报道时事新闻，在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品。

《条例》还规定了两种法定许可情形：(1)通过信息网络实施九年制义务教育或者国家教育规划。(2)通过信息网络向农村地区的公众免费提供中国公民、法人或者其他组织已经发表的与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品。

《条例》第七条规定："文字作品、美术作品、摄影作品在报刊或者信息网络上发表后，除著作权人事先声明不得转载、摘编的外，可以在报刊或者信

息网络上转载或者作为文摘、资料使用,但应当指明作者姓名、作品名称和出处,按照规定向著作权人支付报酬,并且不得侵犯著作权人依法享有的其他权利。"该条款明确了网站上载作品的范围限于文字作品、美术作品、摄影作品,其针对的就是网站对纸媒作品的上载。这就意味着网站在上载纸媒非涉及时事性的新闻或文章时,如著作权人没有声明不得传播,其行为可以适用法定许可。该条款同时也赋予了纸媒转载、摘编网络作品的权利。

网站在上载纸媒作品时必须遵循以下几项原则:(1)遵守授权许可制度,不得提供作者事先声明不许提供的作品。(2)不得侵犯作者的署名权,必须指明作品的名称和作者的姓名。(3)不得侵犯著作权人依法享有的其他权利。《条例》中对网络服务提供商提供服务规定了4种免除赔偿责任的情形,采取的是过错责任原则。只要网络服务提供者尽到法律规定的义务,它在可能的侵权中就可以免责,这就是"安全港原则"的内容。

(五)被告新闻在线网站本身有丰富职工的业余文化生活的要求和目的,对于明星的娱乐性、艺术性内容适当引用和转载,目的和理由正当,对于扩大其知名度和形象宣传,并对原告授权收费获益有好处。因此,适当转载使用不构成侵权。

权利的限制与例外是指在法律规定的某些特定情形下,权利人不得行使其版权,或者虽然由其他人行使了应当由版权人行使的权利也不属于侵权。权利的限制与例外是从行使版权的角度来说的。如果从他人可以在法律规定的某些特定情形下利用享有版权的作品来说,又可以称为"合理使用"。①

"有权利必有限制"作为一条基本的法理原则引导和规制着权利人私人权利和社会公众利益的协调。在知识产权领域,集"专有性"与"公共性"于一身的知识产品涉及私权和共享权益的平衡。面对知识产权的扩张趋势,我们既应当充分赋予权利人合法合理的权利保护,也应当设计出有关的权利限制制度来保证知识产品流通渠道的畅通,让社会公众快速便捷地获取各种知识和信息。②

权利的保护与限制如同一项制度设计,其核心理念在于确定一种规范,

---

① 佚名:《网络环境中的版权保护之四——权利的限制与例外》,律师361法律咨询网,http://www.lawyer361.com/HtML/?1051.htML

② 王春雨、何敏:《著作权权利保护与限制探究——兼论构筑我国的知识产权法律限制体系》,《甘肃政法成人教育学院学报》2004年第3期。

设置人们的行为界限，从而将人们的行为纳入一定的范围，以实现各方利益均衡。

四、实际损失

被告本身没有因此获益，开办和管理网站非以营利为目的，原告实际损失没有事实依据，因此，原告所提赔偿额没有事实和法律依据。

（一）最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十五条第二款规定，人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑作品的类型、合理使用费、侵权行为性质、后果等情节综合确定。第四十九条规定，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。因此，对不曾实际发生的损失当不予赔偿。

（二）根据国家版权局颁布的《美术出版物稿酬标准》规定，摄影、年画、宣传画的稿酬标准为每幅 50－150 元。目前，一般摄影作品的稿酬为 100－200 元，某些具有特殊艺术或者时事或者巨大新闻价值的作品每幅可能获得 500 元左右的稿酬。确定著作权侵权赔偿数额应当以能够弥补权利人因被侵权而受到的损失为限。客观地说，原告因涉案图片被控侵权行为所招致的实际经济损失，也就是其因此刊登而所蒙受的稿酬损失，但该等法律关系是基于使用摄影作品而构成合同价款纠纷，原告所提出的其他诉讼请求均没有事实和法律依据，故侵权不成立。

（三）网站在栏目转载的被控侵权涉案摄影作品使用方式单一、时间较短、影响范围较小，且不曾再行复制或以其他方式用实物照片进行使用和传播，缘此致权利人造成的损害轻微。况且网上本来就大量充斥这些图片，目前还是大量存在。

（四）被告并非用于婚纱摄影和其他商业用途，涉案被控侵权行为与所涉表现载体形式、内容、使用方式、地域范围、时间跨度，二者存在极大悬殊，被告得悉自己使用该作品涉嫌侵犯他人权益后，适时采取措施避免了损害后果的进一步扩大，对于原告授权本地区甚至全国范围影楼广告宣传使用，并未受到任何影响。应当说，该权利人因本案被控侵权行为所造成的利益损失基本没有。

参考文献

〔1〕王太平：《著作权保护的双重限制--以死海古卷案引之为鉴》，《知识产权》2007

年第 4 期

〔2〕佚名:《〈著作权法〉赋予载纸媒作品的权利及限制》,中顾网,http://news.9ask.cn/zzq/zzqbh/zqbhzs/200903/164752.htmL

〔3〕佚名:《网络环境中的版权保护之四——权利的限制与例外》,律师 361 法律咨询网,http://www.lawyer361.com/HtML/?1051.htML

〔4〕王春雨、何敏:《著作权权利保护与限制探究——兼论构筑我国的知识产权法律限制体系》,《甘肃政法成人教育学院学报》2004 年第 3 期。

〔5〕冯晓青:《网络环境下的著作权保护、限制及其利益平衡》,《社会科学》2006 年第 11 期。

〔6〕李祖明:《互联网上的版权保护与限制》,经济日报出版社 2003 年 1 月出版。



知识产权案件中公证保全的程序合法性问题

——记上海某公司诉陈某侵犯外观设计专利权纠纷案

王忠涨　金岐岚　陈　飞*

案情简介

原告：上海某公司

被告：陈某

2010年8月，原告诉称其研制的玻璃图案向国家知识产权局申报了外观设计专利A，国家知识产权局进行了授权公告，原告取得了专利权A。被告为了牟取非法利益，未经原告许可便销售原告该款专利产品，侵犯了原告的专利权利，给原告造成巨大的经济损失，因此，诉请法院要求被告停止销售侵权产品和赔偿损失。被告在原告起诉的同时，还被郑州某公司以侵犯其外观设计专利B起诉。在庭审时，原告称上海公司和郑州公司均系同一法定代表人，为关联企业。为证明被告销售侵犯原告外观设计专利权A和郑州公司外观设计专利权B的产品，郑州公司向公证处申请侵权证据保全公证，公证书记载的内容为郑州公司员工在公证人员的公证下，到被告处购买了涉嫌侵犯外观设计专利A和专利B的产品各一件，公证机关基于郑州公司的申请，制作了一份公证书。在本案中，原告提供了郑州公司申请公证的公证书，以证明被告侵权行为的存在。被告答辩认为，原告的证据无法证明被告销售了涉案产品，且被控侵权产品未落入原告的专利保护范围。而

---

* 王忠涨，男，毕业于华东政法大学，主要从事公司法务、行政诉讼、知识产权、税务等法律事务，专职律师。

金岐岚，女，毕业于中南财经政法大学，主要从事公司、投融资并购、涉外贸易仲裁、刑辩等法律事务，专职律师。

陈飞，男，毕业于北京大学，主要从事民商事、公司法务、企业破产清算、刑辩等法律事务，专职律师。



对于原告是否有证据证明被告侵权行为这一环节,被告主要围绕原告提供的公证书这一关键证据。被告质证认为,根据《公证法》规定,公证申请与申请事项必须有利害关系,而本案中申请人是郑州公司,上海公司与郑州公司属于两个不同的法律主体,郑州公司申请事项包含认为被告侵犯外观设计专利 A 和专利 B,而申请对证据进行保全公证,该外观设计专利 A 所有权人为上海公司,该申请事项与郑州公司无利害关系。郑州公司申请对侵犯外观设计专利 A 的事项进行证据保全,该公证程序不合法,该证据不应予以采信。一审法院经审理后,支持了被告的抗辩。原告不服上诉,认为原告借用其利害关系人的公证文书进行使用,是被法律所允许的,其已经达到了其要证明的被告销售了被控侵权产品的目的,原审法院以《公证书》没有以原告的名义进行公证,而否定公证内容的真实性和有效性是错误的。后由于原告没有缴纳上诉费用,二审法院依法裁定按自动撤回上诉处理。

争议焦点

1. 在对证据进行审核认定时,公证书形成程序的合法性是否应予以审查?

被告认为,上海公司将郑州公司申请形成的公证书作为证明被告销售侵权产品的证据,该公证书的形成程序不合法。被告所列举的法律依据为:《公证法》第三十一条"有下列情形之一的,公证机构不予办理公证:(二)当事人与申请公证的事项没有利害关系的"和《公证程序规则》第九条规定"公证当事人是指与公证事项有利害关系并以自己的名义向公证机构提出公证申请,在公证活动中享有权利和承担义务的自然人、法人或者其他组织和第三十七条有法律意义的事实或者文书的公证,应当符合下列条件:(一)该事实或者文书与当事人有利害关系"。根据上述法律规定,原告用以证明被告侵权的公证书,理应由原告自行向公证机关申请,郑州公司作为非外观设计专利 A 的权利人,其与申请事项没有利害关系,其公证书的形成程序不合法。原告认为,两公司具有关联关系,且为同一法定代表人,郑州公司申请公证的程序合法。因此,本案争议的焦点之一就是公证书形成程序的合法性是否应予以审查。

2. 公证程序不合法所形成的公证书法律是否应予以采信?

被告认为,公证程序不合法的公证书,从证据的三性来看,首先其合法性就不具备,而法院对证据的认定必须综合考虑其三性因素,如果证据不具备合法性,不应当作为定案的证据予以采信。而原告认为,公证书的内容能

够证明被告销售了侵犯外观设计专利 A 的产品这一事实，能够认定被告有侵权行为，该证据应予以采信。

3. 其他利害关系人形成的公证书能否在本案中借用？

原告在上诉时提到借用其利害关系人的公证文书进行使用，是被法律所允许的。这延伸了本案在一审审结后的第三个争议焦点，即与公证申请事项没有利害关系的其他人所申请形成的公证书能否作为定案的依据？

审理判决

法院认为，作为本案侵权认定的主要证据即原告提供的公证书，根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十五条规定，证据的形式来源必须符合法律规定。《公证程序规则》第九条规定"公证当事人是指与公证事项有利害关系，并以自己的名义向公证机关提出公证申请，在公证活动中享有权利和承担义务的自然人、法人和其他组织"。本案中，原告上海公司没有以自己的名义申请公证，而是以郑州公司作为公证申请人不符合相关的法律规定，该公证程序不合法，不符合相关的形式要件，本院无法采信该公证结论，故原告在本案中将承担举证不能的法律后果。另，由于本案中证明被告销售被控侵权产品的直接证据即公证书本院无法采信，故对该被控侵权产品与专利产品的比对已无必要。原告要求被告承担停止侵权、赔偿损失等民事责任缺乏事实以及法律依据，本院不予支持，判决驳回原告的诉讼请求。原告不服上诉，后由于原告没有缴纳上诉费用，二审法院依法裁定按自动撤回上诉处理。

经典分析

本案中，我们代理被告参与了诉讼。我们认为，法院的判决有法律和法理依据。对于合法权利的维护，理应由合法证据予以支撑。

1. 法院对于证据来源合法性的审查，符合法律相应规定，也符合证据规则运用的趋势。

在专利侵权案件中，向公证机关申请进行公证，几乎是所有侵权案件中原告采取的方式。因此，公证书所涉及的公证事项和内容往往成为决定是否侵权的单一证据。法院对于证据来源合法性的审查，符合法律相应规定，也符合证据规则运用的趋势。首先，《关于民事诉讼证据的若干规定》相比于以前的规定，其更大的进步在于程序上的设定。法院适用第六十五条规定"审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：（三）证据的形式、来源是否符合法律规定"之规定，符合证据认定的要求。而对于证据来源合

法性的审核认定,同样在第七十条中对视听资料的认定中得到体现:"一方当事人提出的下列证据,对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的,人民法院应当确认其证明力:(三)有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件"。因此,对于证据来源合法性的审查,理应放在证据审核认定的首要位置;其次,对于公证机关,我们不可忽视的一个问题是,最近几年公证机关进行了改制,且公证机关收取了申请人相关公证费用,实质也形成了服务关系。因此,公证员在公证时,往往受申请人的影响,只有在保证公证程序合法性的基础上,才能更大程度上保证公证内容的客观、真实性;第三、专利侵权案件中,公证书往往是作为认定被告是否存在侵权行为的唯一证据,必须真实合法,与案件具有关联性,作为证据而言,法院本身要求原、被告围绕证据的合法性、真实性、关联性进行质证,因此,对于形成程序不合法的证据,其本身的合法性就无法认定。

2. 对公证书形成来源的审查只是形式审查,法院无须对该证据内容效力作出认定,只需作出采信或不采信的认定。

对于形成程序不合法的公证文书,有观点认定,在公证书没有撤销前,公证书具有法律效力,应予以采信。原告在上诉时,也提到原审法院以《公证书》没有以原告的名义进行公证,而否定公证内容的真实性和有效性是错误的,似乎也是这一观点的支持。一审法院认为"该公证程序不合法,不符合相关的形式要件,本院无法采信该公证结论",该做法值得肯定,我们认为法院无须对其效力作出任何认定,法院只需对证据是否可以采信作出认定。在本案中,法院对该证据不予采信的依据是该证据形成的程序不合法,而非对公证书内容所涉及的效力作出认定,法院作出的是对证据的形式审查,因此,无论对于公证文书或是政府部门的行政决定,在对该证据进行形式审查前,无须进入实质审查,就像对证据的真实性审查一样,如果证据真实性不具备,法院当然可以直接不予采信,更无须对证据的效力进行认定。原告在无法解决证据合法性的情况下,要求法院直接对证据的效力进行认定,缺乏前提。根据《公证法》和《公证程序规则》,结合本案的公证书,该证据来源和程序不合法已是客观事实。因此,法院判决认定"上海公司没有以自己的名义申请公证,而是以郑州公司作为公证申请人不符合相关的法律规定,该公证程序不合法,不符合相关的形式要件,本院无法采信该公证结论",法院在已经查明公证书形成程序不合法的情况下,直接作出对证据不予以采信的认定,符合法律规定。

3. 借用利害关系人的公证书，首先必须要保证利害关系人公证书来源的合法性。

对于原告在上诉时所提到的可以借用利害关系人的公证书证明侵权事实。这一说法从表面来看，似乎有一定道理。但仔细推敲，我们实际发现原告在这里已经假定了公证书是合法的这一前提。作为利害关系人取得的证据，利害关系人在申请公证时，必须符合《公证法》的相应规定，即与申请事项有利害关系。而本案中，法院之所以对原告提交的公证书不予采信，是基于该证据并非原告以本人名义申请取得。同理，对于郑州公司申请的公证书如要在本案中借用，同样也要对郑州公司申请公证的事项与其有否利害关系作出审查。作为郑州公司，其并非外观设计专利 A 的权利权人，该专利是否被侵权和其无利害关系，显然其无权申请对上海公司产品涉嫌被侵权的事项进行保全，公证机关也不应对此公证事项予以受理，从证据的程序来源来看，其合法性也同样无法满足。因此，对于利害关系人证据的利用，应是基于利害关系人基于合法程序所获取的证据。

对于专利侵权案件中，公证书所涉及的公证事项基本都处于秘密取证，对于秘密取证证据的效力本身已有一定的争论，如果秘密取得证据程序本身存在不合法性，该证据应属存在严重瑕疵，已无法进行正确的评判。本案的判决也给专利侵权案件的当事人敲响了警钟，并非所有的公证书均会被法院采信，当事人在作公证时也应注意公证事项和公证程序的合法性，合法的权益应当通过合法的程序予以保护。



十二例手机视频网站著作权侵权纠纷案公证保全瑕疵评析

李根美　王　增*

案情简介

某网络有限公司、某网视文化传播有限公司、某多媒体通信有限公司(以下简称原告)诉称:《××××》、《××》等12部影片、连续剧的信息网络传播权由其独家享有。经原告在2008年8月、2009年1月、2009年11月等时间点调查发现,某科技有限公司(以下简称被告)运营的手机网站有涉案的影片连续剧视频,向用户提供在线播放服务。原告认为,被告的行为侵犯了其享有的信息网络传播权,给原告造成了极大的经济损失,要求被告停止侵权,赔偿原告经济损失及为制止侵权行为所支付的合理开支并承担本案诉讼费用。

争议焦点

本批十二例手机视频网站著作权侵权纠纷案件,在国内尚属于新型案件。如果把这批案件比喻成一场战役,其两大争议焦点正是争夺激烈的两场战事。原告作为进攻方,早已兵马未动粮草先行,尤其是通过大量公证固定了对其有利的主要证据,部分案件甚至在2008年就进行了公证。作为被告,必须短时间内在两大争议焦点上构筑防线并寻找有利的反击突破口,以求在与原告的交锋中取得胜利。

1. 焦点一,"十二个案件中原告的权利证明"。

焦点一是原告发动进攻的基础。"皮之不存,毛将焉附"。倘若在该环节中就将原告拦截下来,被告将在本案中直接取胜。但这场胜利是否彻底

* 李根美,女,浙江浙经律师事务所律师。
王增,男,浙江浙经律师事务所律师。

还需看原告是否能找到能证明其权利的新证据。如果原告能取得新证据，其不仅能卷土重来、重新提起诉讼，而且还会因为之前诉讼引起的诉讼时效中断而获得新的备战时间。

原告证明其权利的基本套路为：(1)通过提交《影视剧发行(公映)许可证》以证明涉案作品著作权人的权利；(2)通过提交《版权申明书》以证明著作权人将涉案作品的独家信息网络传播权进行了授权；(3)通过提交《授权书》以证明原告获得了涉案作品的独家授权。

被告则认为原告的主体资格存在重大问题，其权利证明上存在诸多漏洞，并不能证明其所称的独家网络信息传播权。(1)本批十二例案件有着众多的著作权人，原告并没有证据证明其已获得了所有著作权人的一致授权或其他著作权人已放弃了相关的权利，即原告的权利来源(包括授权和转授权)本身存在重大疑问；(2)部分大陆以外著作权人的授权未经相关公证，无法确定其真实性；(3)原告提交的部分证据的著作权人印章与作品上显示的著作权人名称不一致，且原告未提供任何有效的说明。

2. 焦点二，“原告侵权公证书的效力”。

焦点二是整个案件的决战阶段。十二个案件中原告进入该阶段的部分将在这里一分胜负。鉴于侵权公证书证明时间、证明内容的特定性和不可逆性，如果被告能在该环节上取胜，将是一场彻底的胜利，本案不再受焦点一中原告是否取得新权利证明的限制。

原告认为，其提交的侵权公证书已足以证明被告确实实施了侵权行为的事实。

被告则认为：(1)从原告公证书的内容上看，因公证取证方式存在重大瑕疵且技术上存在预先设定程序以显示所谓页面的可能性，不能确保公证书所记载内容的真实性、完整性、客观性。①在原告公证书中并未核实原告代理人所用的“手机”是否为真实的手机，也没有明确“手机”的厂家品牌机型，更没有核查手机机身上所必备的进网许可代码和生产厂家的机身代码。手机更换外壳就像人更换衣服一样，在手机更换外壳极其容易的今天，公证照片中所展示的手机外壳所显示的机型未必就是外壳下的实际机型，存在改版机、改装机的可能，甚至根本就不是手机。而且，原告侵权公证书公证照片中的机器外壳上标注的品牌机型与文字记录中的手机自相矛盾，公证书对此没有给出任何解释说明。②退一万步讲，假设原告公证书中所用的手机是公证照片外壳下的真实机型的，这些机型也是拥有编程、处理程序、制作网页、在线播放、下载电影等电脑功能的终端设备，该类手机的功能甚

至超越了几年前的普通电脑,是手机形式的电脑及移动硬盘,其存储容量甚至能超过一般的移动硬盘。这些智能手机除了可直接在手机上对相关数据进行处理外,通过电脑连接控制手机,预设程序、修改数据,更是其基本的功能之一。也就是说,在电脑上能实现的操作,在手机上都能实现。③根据浙江省高级人民法院《关于审理网络著作权侵权纠纷案件的若干解答意见》第17条"如何对网络侵权公证证据进行审查和采信"的规定和《最高人民法院知识产权案件年度报告(2008)》中的《最高人民法院(2008)民申字第926号民事裁定书》,正因为原告所有公证书上的陈述均是"申请人的代理人在其自行携带的手机上进行了如下操作",即取证所用的机器并非公证机关的手机,原告的委托代理人是使用自行携带的机器进行操作,该机器在进行公证之前不为公证人员所控制,因此不排除预先在该机器中进行技术处理的可能性,即其证据不具有唯一性和排他性的特点;而且从公证书记载的内容看,公证书亦未记载公证前是否对所用机器及机器的存储介质的清洁性进行检查,公证取证时所使用的机器是原告的委托代理人提供并事先由其保管,该机器的硬盘存储空间是否清洁无法知晓,故不能确保公证书所记载内容的真实性、客观性。

(2)公证书的其他内容也存在着不完整和关键事实的缺失。原告作为一家专业的网络IT公司,在做公证时还故意回避了网页的网址这一关键事实。手机屏幕虽小,但通过滚动屏幕和进行相关操作,完全可以像电脑屏幕那样显示完整的网页信息,尤其是播放网页的网址。但原告公证书对播放网页的网址这一关键事实没有任何记载,当然不能证实被告在其网站上实施了相关视频的网络传播行为。

原告的公证书由于存在诸多瑕疵,不足以证明公证的事项发生于互联网环境之中,更不足以证明被告网站提供了原告所称的视频播放服务,对该公证书的效力应不予认定。因此,原告据此主张被告侵犯其享有的涉案视频信息网络传播权,缺乏事实和法律依据。

(3)为了证明被告主张,被告还向法庭提交了公证书一份,并作了手机上网的当庭演示。

公证书用于证明本次被告公证所用手机来源于公证处提供,做公证完全可以使用在公证之前为公证员所控制的手机及手机存储介质,可以通过使用公证员的手机等方式以确保真实性和客观性,并不需要自行携带"手机"。

手机上网的当庭演示则意在说明在技术上存在着可以预先在手机中设

置目标网页，后通过该手机进行访问互联网操作时，该虚拟的目标网页与其他真实的网络网页同时并存的可能性，电脑上能实现的功能在手机上不存在实现的障碍。至于演示的细节，完全可以根据需要进行调整。

审理判决

法院在原被告双方举证、质证、辩论的基础上，经过调查审理，围绕上述集中体现本案纠纷特征并直接决定本案诉讼结果的争议焦点作出了认定。

1. 关于“十二个案件中原告的权利证明”。法院采纳了被告的观点，认为本批十二个案件中有七个案件存在瑕疵：(1)原告并没有证据证明其已获得了所有著作权人的一致授权；(2)部分大陆以外的著作权人的授权未经相关公证；(3)原告提交的部分证据的著作权人印章与作品上显示的著作权人名称不一致，且原告未提供任何有效的说明。由于原告目前提交的证据不能证明其对涉案作品享有信息网络传播权，故对原告的起诉不予支持，裁定驳回了原告的起诉。

2. 关于“原告侵权公证书的效力”。法院认为，原告公证所用的手机系申请人的代理人自行携带，且公证员未对该手机做任何检查以及检查上网连接状况。由于目前确实存在有具备电脑功能的手机，在技术上确实能够达到虚拟的目标网页与真实的互联网网页同时并存的状态。因此，当该公证所用的手机在公证之前不为公证员所控制，公证书没有记载是否对该手机的品牌、型号、进网许可等基本情况进行核查，以及是否对该手机的清洁性以及开机以后上网连接状况进行检查的情况下，该公证证据虽证明在公证员面前发生了公证书记载的行为，但还不足以证明该行为发生于网络环境之中。由于原告提供的公证书中记载的被控侵权行为的真实性不能确认，因此原告主张被告实施了被控侵权行为的证据不足。原告对自己主张的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明，其目前提供的证据尚不能证明被告提供涉案作品的在线播放服务。故对原告的诉讼请求，法院不予支持。

因此，法院对于本案的两个争议焦点均采纳了被告代理律师的观点，进一步结合双方的其他证据，最终做出驳回原告起诉的七份裁定和驳回原告诉讼请求的五份判决。

经典评析

虽然有报道指出，目前著作权侵权已催生了近百亿元的代理维权市场，但维权必须合法，对于不合法甚至是打着维权旗号大肆敛财的行为，法律当

然要给予否定性评价。尤其是作为维权主要证据的公证书更加要体现“公正”二字。

公证行为不同于一般的普通行为,是严肃的、规范的,有着法定的程序和严格的要求。公证必须符合《中华人民共和国公证法》、《公证程序规则》等法律法规和规章的规定,必须确保公证书所记载内容的真实性、完整性、客观性、严肃性和规范性,当然更不能存在关键环节的缺失。

当公证书所记载的内容缺乏必要要件时,公证还能否“公正”? 由于网络的特性及随着计算机技术的发展,在技术上存在着可以预先在机器中设置目标网页,后通过该机器进行访问互联网操作时,该虚拟的目标网页与其他真实的网络网页同时并存的可能性。虚拟的网络情况至少有两种表现形式:其一,不能排除公证证据反映的网络信息来自机器本身的可能性,即侵权公证演示的内容系事先以文件形式存在于机器硬盘上,即使机器在未进行互联网连接的情况下,只要事先在机器中设置相应数据,也可以显示出虚拟的网络情况,当然同样可以显示出公证书的网页内容。故公证员所看到的不是真实的网站情况,公证员所看到的还不足以证明该行为发生于互联网环境之中。因此,侵权公证不足以排除观看的影片视频有可能是由该计算机的本机文件所提供;其二,由于互联网是虚拟的,只要有一个服务器,事先做好与公证书内容相同的网页,然后放到互联网上,公证人员上网点击当然可以得到公证书中的内容。从技术角度出发,通过修改机器中的相关文件内容即可以使特定域名与特定 IP 地址进行链接,当操作人员使用浏览器访问该网站之时,实际链接的是其他网络或其他计算机。

对此,浙江省高级人民法院《关于审理网络著作权侵权纠纷案件的若干解答意见》第 17 条“如何对网络侵权公证证据进行审查和采信”做出了明确的规定:“根据最高人民法院(2008)民申字第 926 号民事裁定书,由于在技术上确实能够达到虚拟的目标网页与真实的互联网网页同时并存的状态,因此对于当事人提供的网络侵权公证证据,人民法院要根据网络环境和网络证据的具体情况,按照电子证据审查的真实性和完整性标准,审查公证证明的网络信息是否来自互联网而非本地电脑,并在此基础上决定能否作为定案依据。对于公证行为是在公证处以外的场所进行,公证所用的电脑及移动硬盘在公证之前不为公证员所控制,且公证书没有记载是否对该电脑及移动硬盘的清洁性进行检查的情况下,此类公证书虽能证明在公证员面前发生了公证书记载的行为,但还不足以证明该行为发生于互联网环境之中。”

正如法律设立相关人员回避制度，是基于公正，是法律公正的体现。上述相关的法律规定，也正是基于公正，是法律公正的体现。如果把法律设立相关人员回避制度看做是对人的回避要求，那前述相关法律规定正是对物的回避要求。具体到本案，对公证所用手机在公证之前不为公证员所控制的，应当回避；如无法回避的，也要通过公证书记载“对该手机的品牌、型号、进网许可等基本情况进行核查，以及对该手机的清洁性以及开机以后上网连接状况进行检查”的具体情况，以消除影响公证证据真实的可能性，达到物的回避效果，才能确保公正。

正是因为本案的公证是由原告的代理人作为申请人使用其自身拥有的机器进行操作的，现由于证明侵权事实发生的公证书对机器中是否有预存内容、是否清洁、是否对机器中无关的程序和文件进行了清除等情况均未记载，公证员“一未进行本机文件的搜索，二未检查机器与互联网的连接状态，三未针对原告的代理人所使用机器及所使用的软件设置，使用专门程序或测试手段进行检测”，存在关键环节的缺失，当然无法确保公正。

综上，公证首先要“公正”，公正是公证的生命。一份不公正、不规范、不严肃，真实性、客观性、完整性存在问题，尤其是缺失关键环节的“问题”公证书是没有生命力的，不仅无法让人信服，更不可能为法律所承认。



对一职务发明创造之争的思考

——评一起专利权属纠纷案

陈晓军　邓　恒*

案情简介

邬某自2005年3月至2009年初,一直在A公司工作。B公司于1999年成立,公司董事长与A公司董事长为同一人。2004年,A公司、B公司先后搬入同一办公场地。2006年4月,根据工作需要,邬某被调入"研究开发中心"工作(该调动事实有A公司与B公司的联合发文为证,但未另行签订劳动合同及约定具体研发工作内容),至辞职。2007年邬某向国家知识产权局申请"×××过滤器滤芯"的实用新型专利,于2008年获得授权公告。2009年初,邬某辞职。A公司、B公司对该专利权属提出异议,因而成诉。

一审法院审理认为:本案是专利权属纠纷。因本案讼争行为发生在《中华人民共和国专利法》最新修正及《中华人民共和国专利法实施细则》最新修订之前,根据法不溯及既往的原则,本案应适用修改前的《专利法》(2000年版)和修改前的《专利法实施细则》(2002年版)。[1]因此,是否构成职务发

* 陈晓军,男,高级律师,浙江五星国泰律师事务所主任,擅长民商、刑事、知识产权业务领域。邓恒,男,律师、专利代理人,浙江五星国泰律师事务所专职律师,湘潭大学知识产权法学硕士。专业从事企业知识产权经营与战略、知识产权诉讼与非诉讼。

① 具体见《专利法》(2000年版)第6条"执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位;申请被批准后,该单位为专利权人。非职务发明创造,申请专利的权利属于发明人或者设计人;申请被批准后,该发明人或者设计人为专利权人"《专利法实施细则》(2002年版)第11条"专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造是指:(一)在本职工作中作出的发明创造;(二)履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造;(三)退职、退休或者调动工作后1年内作出的,与其原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。专利法第六条所称本单位的物质技术条件,是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。"

明创造应从是否执行本单位任务，或者是否主要利用本单位的物质技术条件进行判断。

邬某于2005年3月与A公司签订《劳动合同》，在该公司任职。2006年4月始，邬某虽在B公司相关图纸、《进货检验指导书》、《成品检验指导书》及相关企业标准上签名或署名，但直至2009年2月辞职，邬某一直从A公司领取工资。因此，邬某在B公司的任职可视为A公司的工作安排。B公司虽不是专利法上的“本单位”，但A、B两公司认为系合作完成的发明创造，权利归属于共同完成的双方共有，并不违背《中华人民共和国专利法》(2000年修正版)第八条关于合作发明的规定。

A、B两公司认为邬某完成涉案发明创造是其本职工作。一审法院认为，本职工作是指工作职责、工作责任范围，不是指单位的业务范围，也不是指个人所学专业的范围。同时，A、B两公司没有提供证据证明在涉案专利申请日之前A、B两公司已就现有滤芯存在的易脱落、轧制油的清洁度受影响等技术问题进行立项、布置相关课题的调研、组织人员攻关等，也没有证据证明邬某接受过A、B两公司安排承担涉案专利技术方案的研发任务。因此，A、B两公司认为邬某完成涉案发明创造是执行本单位交付的任务所作出的发明创造亦缺乏事实依据。同时，A、B两公司亦没有证据证明邬某完成涉案专利技术方案主要利用了两公司的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等物质技术条件。综上所述，A、B两公司不能证明：2007年，邬某向国家知识产权局申请“×××过滤器滤芯”的实用新型专利，于2008年获得授权公告的实用新型专利属职务发明。一审法院依法驳回了A、B公司的全部诉讼请求。

宣判后，A、B两公司不服，向二审法院提出上诉。

争议焦点

邬某于2007年向国家知识产权局申请“×××过滤器滤芯”的实用新型专利是否属于职务发明创造。

审理判决

二审法院审理后认为：邬某受雇于A公司，其与B公司并不存在雇佣关系。本案中，A、B两公司既未明确“研发中心”的具体职能，也没有明确具体的工作任务和研发方向。邬某任职于研发中心，并不当然推定即从事技术的研究开发工作，也不能推定在研发中心工作期间，邬某取得与A公司经营范围相关的技术成果均为职务发明创造。二审法院同时认为，对涉

案讼争专利权的归属,仍需要从相关法律法规的规定上详加考量。依据《中华人民共和国专利法》(2000年修正版)第六条之规定,执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。其中执行本单位的任务所完成的发明创造由《专利法实施细则》(2002年修订版)第十一条进一步明确为三种情形,即:(一)在本职工作中作出的发明创造;(二)履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造;(三)退职、退休或者调动工作后1年内作出的,与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。因A、B两公司在本案中明确主张邬某所完成的发明创造属于“在本职工作中作出的发明创造”,即为上述第(一)种具体情形,故二审法院认为仅需对该情形作进一步的分析认定。在邬某与A公司签订的劳动合同中,邬某承担的无论是生产、管理工作或是绘图、网管工作,均未明确表明与技术研发工作相关联,也无其他证据证明涉案讼争专利的研发及相关工作属于其本职工作范畴。邬某虽然在过滤器的相关图纸上签字,但相关图纸上并无涉案讼争专利主要技术要点或区别性技术特征的显现,对此,A、B两公司在二审庭审中亦予以确认。

至于A、B两被告所提交的《进货检验指导书》、《成品检验指导书》证据中均只记载普通产品、部件的基本技术参数或指标,同样缺乏与涉案讼争专利的必要关联。涉案讼争专利相较于现有技术,其主要的创新和改进即在于增设了解决现有技术缺陷的关键设置,即过滤层装卸板和防脱钩件,相关技术材料在邬某离职的移交清单上并无涉及。两公司在二审庭审过程中,也认可直至邬某申请涉案讼争专利,才知晓该发明创造,此与两公司主张的系邬某在本职工作中作出的发明创造有矛盾之处,从另一角度说明两公司既未明确在生产研发过程中遇到的技术缺陷,也未明确具体的研发方向,更未就相关技术问题进行立项,组织人力物力进行技术攻关,并验收技术成果等。

综上,二审法院进一步认为即便认定邬某任职于“研发中心”,也不能直接推定这期间取得的与业务范围相关技术成果即为职务发明,强化了单位在职务发明权属纠纷中的举证责任。另综观本案,邬某从A公司领取不足2000元的月薪,仅因其系在研发中心任职,而将其在工作期间的发明创造推定为职务发明创造,显然有悖于价值的平衡。故,应认为涉案讼争专利并非邬某的职务发明创造。

二审判决:依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回 A、B 两公司全部上诉请求，维持原判。

经典评析

一、职务发明创造的范围不能泛化，应当严格按照法律定义进行界定：非执行单位的任务或者非主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造且没有其他约定的即为非职务发明创造，否则容易侵害属于私人所有的非职务智力成果

根据《中华人民共和国专利法》(2000 年修正版)第六条规定：执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人。

非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。

利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。

本条是关于职务发明创造和非职务发明创造申请专利的权利及其专利权归属的规定。

1. 本条所称的“单位”，包括各国家机关、团体、部队，各类企业、事业单位以及民办非企业单位等。本条所称的“发明人”、“设计人”，是指对发明创造的实质特点作出创造性贡献的人，即通过自己的智力劳动，完成产品、方法的发明或者实用新型、外观设计的技术方案的人。在完成发明创造的过程中，只负责组织、管理工作的人，为物质条件的利用提供方便的人，以及从事其他辅助工作的人，如计算机录入人员、实验员、描图员等，不应当被认为是发明人或者设计人。还应指出的是，法人或其他组织可以成为专利申请权和专利权的主体，但不能作为发明人或设计人。发明人、设计人只能是通过自己的智慧和才能完成发明创造的自然人。

2. 按照本条第一款的规定，属于下列两种情形之一的发明创造，为职务发明创造，其申请专利的权利属于发明人或设计人任职的单位；申请被批准后，该单位为专利权人：

(1)执行本单位的任务所完成的发明创造。例如，科研机构的研究人员完成本单位所下达的科研任务所完成的发明创造；企业的工程技术人员在本职工作范围内完成的新产品设计或新的工艺方法等。按照《专利法实施

细则》的规定，发明人、设计人完成的发明创造属以下情形之一的，为职务发明创造：①在本职工作中作出的发明创造；②履行本单位交付的本职工作以外的任务所完成的发明创造；③退职、退休或者调动工作后一年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

(2)主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。这里讲的本单位的物质条件，包括利用单位的资金、仪器、设备、原材料等；技术条件，包括单位未公开的技术资料等。发明人、设计人主要利用本单位的物质技术条件完成发明创造，尽管不属于执行本单位的任务，也应作为职务发明创造，申请专利的权利和专利权属于单位。但是，本条第三款另有规定的除外。不少国家的法律都规定，公司、企业的雇员在履行其职务过程中或者完成雇主专门分派给他的工作中所完成的职务发明创造，其申请专利的权利和专利权归于雇主。我国《专利法》关于职务发明创造专利权归属的规定，与各国的规定大体相同。至于单位与职务发明创造的发明人、设计人之间的利益关系，属于单位内部的关系，应由本单位妥善处理。

3. 除本条第一款规定属于职务发明创造的情形外，发明人或者设计人所完成的发明创造，都属于非职务发明创造，其申请专利的权利和申请被批准后的专利权，属于发明人或者设计人。

4. 按照本条第一款的规定，主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，原则上属于职务发明创造，申请专利的权利和申请被批准后专利权归单位。但是，如果使用本单位的物质技术条件完成发明创造的发明人或者设计人与本单位订了合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，例如，单位与发明人或者设计人在合同中约定，由发明人或者设计人向本单位支付物质技术条件的使用费，而专利申请权及专利权归发明人、设计人所有的，或者双方在合同中约定，专利申请的权利和专利权由双方共有的，则按照本条第三款的规定，应依从双方的约定确定申请专利的权利和专利权的归属。这一规定，有利于鼓励个人发明创造的积极性，也有利于充分发挥单位物质技术条件的作用，避免闲置。

就本案来分析，A、B公司所提供的证据非常明确地表明了邬某是于2006年9月26日至2008年9月25日期间在A公司从事生产或管理工作，在2008年1月1日至2008年12月31日期间，继续在该A公司工作，只是工作内容是从事绘图、网管工作。顾名思义，邬某所要“执行本单位的任务”就是履行生产或管理工作职责，履行绘图、网管工作义务，绘图工作是指邬某根据他人已有的图纸或设计要求进行绘制，绘图工作就是简单的依

葫芦画瓢，并不是设计更不是研究开发等具有创造性的研发工作，其实质只是依赖绘图工具进行一种简单的复制性工作。而网管工作是一种办公室行政事务性工作，只是一些公司电脑的硬件维修和网络维护，所以邬某所要"执行本单位的任务"的工作内容与研发人员的研发工作毫无关系。同样，A、B公司也没有任何证据证明邬某主要利用其物质技术条件完成了涉案专利，所以该涉案发明创造为非职务发明创造，否则就泛化另外职务发明创造的范围，这样必然会侵害属于私人财产的非职务智力成果。

二、本职工作是指工作职责、工作责任范围，不是指单位的业务范围，也不是指个人所学专业的范围

《中华人民共和国专利法实施细则》(2002年修订版)第十一条规定，专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造是指：(一)在本职工作中作出的发明创造；(二)履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；(三)退职、退休或者调动工作后1年内作出的，与其原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。《专利法》第六条所称本单位的物质技术条件，是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。

具体到本案，邬某与A公司于2006年9月26日签订的《劳动合同》反映，A公司根据生产(工作)需要安排邬某在生产或管理岗位工作，2007年12月31日签订的《劳动合同》反映邬某的工作内容仅为绘图、网管，根据企业工作岗位和工作内容可知：绘图工作是指根据他人已有的图纸或设计要求进行绘制就是简单的依葫芦画瓢，并不是设计更不是研究开发等具有创造性的研发工作，其实质只是依赖绘图工具进行一种简单的复制性工作。而网管工作是一种办公室行政事务性工作，只是一些公司电脑的硬件维修和网络维护，与研发人员的研发工作更是毫无关系。从A、B两公司提供的其自行发布的文件看，2006年4月4日以后邬某被调入"研究开发中心"，但A、B两公司没有证据反映该"研究开发中心"的工作范围、岗位职责和权限等。因此，邬某在A公司的本职工作就是绘图和网管，其工作职责、工作责任范围就是依赖绘图工具进行一种简单的复制性工作和从事一些办公室行政事务性工作，对A公司电脑的硬件维修和网络维护，而不是从事技术研发工作。因此，A、B两公司以涉案专利与邬某从事的专业工作或业务有某种联系，即认为涉案专利技术的研发系被告的本职工作，缺乏事实和法律依据。

三、履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造也属于职务发明创造

根据《中华人民共和国专利法》(2000 年修正版)第六条和《中华人民共和国专利法实施细则》(2002 年修订版)第十一条规定,属于下列两种情形之一的发明创造,为职务发明创造,其申请专利的权利属于发明人或设计人任职的单位;申请被批准后,该单位为专利权人:

(1)执行本单位的任务所完成的发明创造。例如,科研机构的研究人员完成本单位所下达的科研任务所完成的发明创造;企业的工程技术人员在本职工作范围内完成的新产品设计或新的工艺方法等。按照《专利法实施细则》的规定,发明人、设计人完成的发明创造属以下情形之一的,为职务发明创造:①在本职工作中作出的发明创造;②履行本单位交付的本职工作以外的任务所完成的发明创造;③退职、退休或者调动工作后一年内作出的,与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

(2)主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。这里讲的本单位的物质条件,包括利用单位的资金、仪器、设备、原材料等;技术条件,包括单位未公开的技术资料等。发明人、设计人主要利用本单位的物质技术条件完成发明创造,尽管不属于执行本单位的任务,也应作为职务发明创造,申请专利的权利和专利权属于单位。但是,本条第三款另有规定的除外。不少国家的法律都规定,公司、企业的雇员在履行其职务过程中或者完成雇主专门分派给他的工作中所完成的职务发明创造,其申请专利的权利和专利权归于雇主。我国专利法关于职务发明创造专利权归属的规定,与各国的规定大体相同。至于单位与职务发明创造的发明人、设计人之间的利益关系,属于单位内部的关系,应由本单位妥善处理。

具体到本案 A 公司与邬某订立的劳动合同中已经明确记载被上诉人前劳动合同约定担任生产或管理工作,后合同约定担任绘图、网管工作。

两公司提供的邬某离职时移交清单也未提及涉案专利有关的技术资料。同时,A、B 两公司没有提供证据证明在涉案专利申请日之前已就现有滤芯存在的易脱落、轧制油的清洁度受影响等技术问题进行立项、布置相关课题的调研、组织人员攻关等,也没有证据证明邬某接受过 A、B 两公司安排承担涉案专利技术方案的研发任务。因此,A、B 两公司认为邬某完成涉案发明创造是执行本单位交付的任务所作出的发明创造亦缺乏事实依据。同时,A、B 两公司没有证据证明邬某完成涉案专利技术方案主要利用了两

公司的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等物质技术条件。综上所述，A、B两公司不能证明邬某享有的涉案专利，名称为“×××过滤器滤芯”的实用新型专利属职务发明。

基于专利案件的特殊性，在二审庭审过程中，作者作为邬某的代理律师对本案卷材料从法律和技术角度进行全面分析，针对该案的争议焦点，进行了庭前充分准备，始终抓牢对方提出的诉讼请求，有的放矢，对对方提交的证据从技术和法律程序的角度进行一一沉着的反驳和质证，最后致使对方的证据漏洞彰显无遗，达到了个个击破的良好效果，最终赢得了诉讼，并且就此类纠纷为当事人给出一些防患于未然的建议：

1. 企业职员的岗位职责应当具体，工作内容应当明确，不能把职员的工作职责、工作责任范围与单位业务范围相互混淆。尤其从事技术研发的职员，企业要将其工作内容尽可能在劳动合同中或者以其他书面载体予以体现，例如建立岗位说明书、技术人员述职书等。

2. 企业进行技术研发，应当做好立项意见，建立开发项目立项计划书、任务书，同时作出产品开发责任委任书，这些都是企业进行技术开发的前期准备。例如，企业要进行某项技术研发，首先应该是公司就现有技术出现的问题进行分析；然后针对问题进行调研，提出技术解决方案；对技术方案进行讨论、论证；随后根据论证方案的可行性进行技术立项、布置技术课题、成立技术攻克小组；制定技术开发计划书、指派具体的技术人员进行技术攻关；最后进行知识产权保护和技术成果验收。

3. 提高企业自主创新的同时，更要善于保护企业的知识产权成果，尤其加强企业员工的知识产权宣传，切实保护企业的职务发明创造、商业秘密等智力成果，实现企业创新与保护并驾齐驱，只有这样才能做到“企业研发有产出，产出有保护，保护有商业回报，商业回报有研发投入”，形成创新型企业的研发跨越式发展。

知识产权诉讼因为其形式多样，取证难，适用的法律法规繁多，加之诉讼过程中涉及各类专业性的技术知识，法律责任难以分清，侵权事实难以确定，赔偿金额难以估算等情况让非具备知识产权专业律师难以胜任，也常常使诉讼当事人深陷其中，耗时耗力，疲于应付。尤其专利法律纠纷常常牵涉较多科学技术知识，专利侵权认定分析生僻且繁复，诉讼过程中的专利检索及回避设计对代理律师的理工科知识背景要求高。多数专利案件，常常需要具备理工科学历的资深专利律师，凭借丰富的研发经历，通过娴熟的诉讼技巧，当事人的合法权益才能真正得到保护！

随着技术经济的发展、企业作为自主创新的主力军,企业在创造大量智力成果的同时,繁复多样的专利纠纷也随之接踵而来。与此同时,专利权属纠纷正日益成为专利纠纷的主要表现形式,所以作为创新型企业对于职务发明创造需要作一个较为清晰的认识和领悟,望众多企业能从本案中得到一点点有益启发,这也是作者执笔作此拙文的一大初衷。

商标确认不侵权诉讼的适用

——评《品×》杂志社与B报社商标确认不侵权纠纷案

罗 云*

案情简介

原告:《品×》杂志社

被告:B报社

上个世纪50年代,C杂志经相关国家机关批准发行。2000年9月11日,经国家新闻出版署批复,C杂志更名为《品×》。原告系《品×》杂志的主办单位。2001年8月,《品×》期刊创刊号正式出版发行。之后《品×》期刊由原告和某传媒集团合作经营。《品×》期刊自创刊以来,一贯坚持"二为"方向和"双百方针";一直秉承传播社会精英价值取向、传播先进文化、推介成功人士事业格调、介绍知识经济精神力量、保护消费潮流审美趣味的期刊宗旨,广受中国都市白领女性的青睐。2006年初,原告发现被告出版发行与《品×》同名的《品×》杂志。为此,2006年6月9日,原告致函被告,要求被告停止出版冒名的"《品×》杂志"。经多次交涉,被告仍未停止侵权。无奈之下,2006年9月6日,原告向某省新闻出版局、中国新闻出版总署递交《关于要求B报社停止侵权的报告》,请求某省新闻出版局、中国新闻出版总署保护原告的合法权益。2006年9月11日,某省新闻出版局向国家新闻出版总署递交《关于严肃查处B报社假冒出版"品×"的请示》,请求新闻出版总署对被告的行为进行严肃处理,以维护原告的合法权益。至此,被告才停止侵权行为。

2010年4月6日,被告发送《律师函》给某传媒集团,认为《品×》期刊

* 罗云,浙江泽大律师事务所专职律师,专业从事知识产权法律实务研究。

使用“品×”作为刊物名称,侵犯了被告“品×”注册商标权。被告据此要求某传媒集团停止在刊物上使用“品×”字样,公开赔礼道歉并赔偿损失100万元。后某传媒集团向原告转发了被告的《律师函》。经查,“品×”商标于2002年4月21日经国家商标局核准注册,权利人为D广告责任公司,核定使用商品(第16类)包括纸、印刷纸、卫生纸、印刷品、印刷出版物、文件夹、钢笔。2007年6月21日,被告从D广告有限责任公司受让取得该商标权。《品×》期刊是由原告与某传媒集团合作经营,由原告出版发行,原告是《品×》期刊的主办者也是“品×”期刊名称的权利人。2010年5月5日,原告向被告书面回函,认为原告和某传媒集团未侵犯被告的商标权,并催告被告行使诉权。2010年5月7日,被告签收了原告的回函。但直至起诉时为止,被告既不撤回侵权警告也不提起诉讼主张权利。被告的行为导致原告使用“品×”作为刊物名称是否侵权处于悬而未决的状态,将持续地对某传媒集团和原告的重大利益产生影响。为维护自己的合法权益,原告遂提起商标确认不侵权之诉。

原告请求人民法院:1. 确认原告使用“品×”作为期刊名称不侵犯被告的商标权;2. 本案诉讼费由被告承担。

被告辩称:1. 被告发送《律师函》的对象为某传媒集团而非原告,原告不是本案的利害关系人,不具有诉讼主体资格。2. 原告使用“品×”作为杂志名称的行为侵犯了被告的注册商标专用权。

争议焦点

争议焦点一:原告是否符合提起确认不侵权之诉的要件。

原告认为,原告的起诉符合提起确认不侵权之诉的要件,被告认为原告并非本案的利害关系人,无权提起确认不侵权之诉。

争议焦点二:原告使用“品×”作为期刊名称,是否侵犯被告“品×”注册商标权。

原告认为,原告拥有合法的期刊名称权,原告使用“品×”作为期刊名称亦属于正当、合理的使用,不会产生误导公众的结果,且原告拥有合法的在先权利,因此不构成对被告注册商标专用权的侵犯。被告认为,原告使用“品×”作为期刊名称,可以达到区分商品来源的目的,构成商标意义的使用,原告的行为侵犯了被告的商标权。

审理判决

某市中级人民法院经开庭审理，认为：

一、原告是否符合提起确认不侵权之诉的要件问题，被告发送律师函的被警告人是原告的合作伙伴，原告是本案的利害关系人，有权启动确认不侵权之诉。被告在收到原告催告行使诉权的函之后，在合理期限内，既不行使诉权，也不撤回警告，使原告的权利处于一种不确定的状态。因此，原告某杂志社符合提起确认不侵权之诉的要件。

二、关于原告是否侵权被告商标权的问题。“品×”作为期刊名称，是经国家新闻出版总署审批给原告的。原告的“品×”期刊名称是合法使用。原告在期刊的左上角显著位置突出使用“品×”期刊名称，符合国家《期刊出版管理规定》关于期刊名称的使用规定，是期刊名称的规范、惯常使用方式。且原告申请和使用“品×”期刊名称在被告的“品×”商标注册之前，因此，原告使用“品×”期刊名称是合法、规范、善意使用。同时，期刊名称具有唯一性，在原告已经合法取得“品×”期刊名称的情况下，被告不可能再取得相同的期刊名称，消费者也不可能接触到两本“品×”杂志，因此，原告使用“品×”期刊名称不会造成相关公众的混淆和误认。

法院判决确认原告使用“品×”期刊名称不侵犯被告的“品×”注册商标权。

被告不服一审判决，向某省高级人民法院提起上诉，上诉期间，撤回上诉。

经典分析

本案涉及商标确认不侵权诉讼、商标与期刊名称的权利冲突这两个知识产权领域的新颖问题。2010 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十八条对确认专利不侵权诉讼的受理条件、适用范围作了较为明确、清晰的规定，但该规定是否可以类推适用于商标的确认不侵权诉讼，以及该规定中所指“利害关系人”到底延及保护于何，实践中仍有较大争议。商标与字号的冲突、商标与楼盘名称的冲突在诉讼中并不鲜见，然商标与诸如期刊名称之类普通民事权利的冲突却极为少有，厘清两者的保护范围，不但有利于案件的解决，对于类似的冲突也将具有重要的借鉴意义。

本文，笔者将围绕本案的两个争议焦点，对以上两个新颖、复杂的问题逐一进行评析。

争议焦点一:原告是否有权对被告提起确认不侵犯商标专用权的诉讼

实践中对于知识产权确认不侵权诉讼的规定,散见于最高院的司法解释及针对具体案件所作的批复之中,但对于专利以及商标案件的确认不侵权纠纷受理条件的规定具有普遍的同一性。遍历司法解释及相关案件判决,笔者认为被控侵权人提起确认不侵权之诉应当具备以下几个条件:第一,知识产权权利人已向原告发出了侵权警告,而被控侵权人不承认自己的行为构成侵权;第二,原告须行使书面催告权,催告权利人及时行使诉权;第三,权利人在合理期限内不撤回警告也不提起诉讼,原告方可起诉,该"合理期限"为自权利人收到书面催告之日起一个月内或者自书面催告发出之日起两个月内;第四,被警告人及利害关系人为确认不侵权诉讼的适格原告;第五,符合《民事诉讼法》基本的立案条件。

首先,被告已发出侵权警告。

被告系"品×"商标的合法商标权人,2010 年 4 月 6 日,被告发送《律师函》给某传媒集团,认为《品×》期刊使用"品×"作为刊物名称,侵犯了被告"品×"注册商标专用权。并据此要求某传媒集团停止在刊物上使用"品×"字样,公开赔礼道歉,并赔偿损失 100 万元。原告系《品×》期刊的出版单位,该警告直接关系原告的日常出版经营活动。因此,原告的起诉已经具备了提起确认不侵权之诉的前提条件。

其次,原告已行使书面催告权。

2010 年 5 月 5 日,原告向被告书面回函,认为原告和某传媒集团使用"品×"作为期刊名称并未侵犯被告的注册商标专用权,并催告被告及时行使诉权。以上书面催告函信均经公证处予以公证。

第三,被告在合理期限内既不撤回警告也不提起诉讼。

经公证,被告于 2010 年 5 月 7 日签收了原告的回函,但直至原告起诉之日,即 2010 年 6 月 8 日,被告既不撤回侵权警告的律师函,也不提起诉讼主张权利,显然在客观上使原告处于不安的境地,影响了正常的出版发行活动。该起诉符合司法解释中对于提起确认不侵权之诉的时间要件。

第四,原告系涉案侵权行为的利害关系人,为本案的适格诉讼主体。

被告辩称,其所发律师函对象为某传媒集团,而非原告,因此原告并非本案利害关系人,无权起诉。笔者认为,原告为涉诉侵权行为的利害关系人,具有合法的诉讼资格。首先,法律上的利害关系人,指权益受侵害的直接当事人。这种侵害既可能来源于合同权益的损害也可能来自实际的侵权行为,但只要当事人的权益因对方的违约行为或侵权行为受到了直接的损

害，都可以认定为法律上的利害关系人。其次，被告一味追究原告与某传媒集团的关系实际为混淆视听，误读法律。设立知识产权确认不侵权制度的目的在于，保护因受到权利人侵权警告而使自身权利处于不稳定状态的当事人，因此法律所规定的“利害关系人”并非与被警告人有利害关系的人，而是与权利人发出警告行为有利害关系的当事人。

具体到本案，被告向某传媒集团发出的律师函中，明确指出其侵权行为系擅自使用“品×”作为刊物名称，并在印刷品封面的显著位置使用，侵犯了被告在第 16 类商品上注册的“品×”商标专用权，故要求其停止在出版的刊物上使用“品×”字样。其他相关证据也证明，原告与被告之间曾多次就“品×”作为期刊名称发生争议。原告系《品×》期刊的出版单位，与能否使用“品×”作为期刊名称的侵权控告具有当然、直接的利害关系。被告发出的侵权警告函显然使原告的期刊名称权处于不稳定的状态，也给原告的出刊发行活动带来极大的威胁，且被告当然知道原告与其发出的侵权警告有直接的利害关系。

因此，原告与某集团之间的合作方式并不构成提起确认不侵权之诉的障碍，原告与诉争侵权行为有直接的利害关系，系本案的适格原告。

最后，原告的起诉符合《民事诉讼法》之规定。

本案中，原告与诉争侵权行为有直接的利害关系，所提诉讼有明确的被告，有具体的诉讼请求和事实、理由，属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖，符合《民事诉讼法》第一百零八条关于起诉条件的规定。

综上，原告在程序上有权对被告提出确认不侵犯商标权的诉讼。

争议焦点二：原告使用“品×”作为期刊名称是否侵犯了被告的商标权

被告对原告侵犯商标专用权的诉求若要成立，原告的行为须符合《商标法》第 52 条第 1 款第(1)项或《商标法实施条例》第 50 条第 1 款第(1)项所规定之商标侵权行为构成要件。下面笔者将逐一对以上行为进行分析。

《商标法》第 52 条第 1 款第(1)项规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的行为，属侵犯商标专用权的行为。可见侵权成立的前提之一，是被控侵权标识的使用必须为商标意义上的使用。缺少这一前提条件，即便未经商标注册人的许可，在同一种商品使用了与注册商标相同的标识也不构成侵权。

《商标法实施条例》第 50 条第 1 款第(1)项规定，在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的行为是侵犯注册商标专用权的行为。根据该条规定，侵权

若成立,不仅需要将与注册商标相同的标志作为商品名称使用,还须以"误导公众"为要件,两者同时具备,方能构成侵权。

笔者认为,原告的行为不符合以上构成要件,不构成对被告商标专用权的侵犯。

第一,原告以"品×"作为期刊名称,不构成商标意义上的使用,不存在侵犯原告注册商标权之前提。

其一,原告使用"品×"作为期刊名称为善意申请而且合法。

根据《期刊出版管理规定》第二条、第九条及第十八条规定,可以得出如下结论:期刊名称在国内必须唯一,并由国家新闻出版总署批准,具有排他性;变更期刊名称,同样需要国家新闻出版总署批准。

本案中,《品×》期刊的前身C杂志创办于上世纪50年代。2000年9月11日,经国家新闻出版总署批准,C杂志更名为《品×》。而涉案"品×"商标申请并核准注册时在原告期刊名称批准之后。所以,"品×"期刊名称是原告善意申请且经新闻出版总署批准的具有排他性的期刊名称,具有名称权。

其二,从原告使用"品×"作为期刊名称的方式来看,属规范使用,根本没有超过善意的范畴。

根据《期刊出版管理规定》第三十二条的规定,期刊名称必须使用在期刊封面明显位置,期刊封面的其他文字标识不得明显于刊名。

就本案而言,原告将"品×"作为期刊名称,放置在视觉最能感知的封面左上角,显属明显位置。在封面的各种文字标识中,期刊名称字号大、醒目,显然符合《期刊出版管理规定》的相应规定。也只有这样使用,才能将期刊名称与封面的其他文字标识区分开来,而这正是《期刊出版管理规定》第32条的精神所在。所以,原告对"品×"的使用是期刊名称的规范、惯常使用方式,符合期刊名称的使用惯例,并非恶意使用或者不正当使用。

笔者认为,期刊名称是否侵犯商标权,不能简单套用企业名称字号侵犯商标权的认定标准。即便是企业名称,只要其注册善意、理由正当、合法批准,即便其字号与商标相冲突,只要不突出使用字号,规范使用企业名称,也不构成商标侵权。而期刊名称的显著、突出使用,是《期刊出版管理规定》明确规定的。事实上,期刊名称也只有在显著位置上醒目标识才属规范使用。既然规范使用了,谈何侵权?

其三,正因为原告将"品×"作为期刊名称经合法批准、善意且规范使用,所以,原告的使用行为是一种正当使用自己刊名的行为。从其客观作用

来看，也不是商标意义上的使用行为。

首先，根据日常经验法则判断，普通公众在期刊封面上看到"品×"这一文字标识，第一反应即为其作为期刊名称而使用，而非为商标的使用，公众也能够自然而然地将期刊名称与该期刊联为一体，而不至于把期刊名称误认为是一种商品或者服务的标识。换言之，即不可能将该期刊名称视为商标。正如，我们看到"六和塔"景区门票上印制有"六和塔"三个醒目大字，不会武断地认为其为商标。诸如姓名、电影名称、书名等其他名称一样，我们凭借日常生活经验就能准确判断其不是商标。

其次，商标是区分商品来源的标志，同样，期刊名称也可以将不同的期刊加以区分。但是，如果仅仅因为这一点相似之处，被告就认为期刊名称也具有区分商品来源的作用，从而认为其为商标，这从逻辑上来说是行不通的。换言之，商标是区分商品来源的标识，但反过来，能区分商品来源的标识就是商标的结论是不能成立的。正如"车是载人的工具，但能载人的工具不一定是车"一样。

第三，我们不能孤立地看"品×"这一文字标识，不能看其在期刊封面上显著使用就曲解为商标。正如看到奥迪车尾部的"A6"这一单一并显著使用的标识，稍具生活常识的普通大众都知道其为奥迪车型号而不是商标一样。

所以，"品×"作为期刊名称，犹如人的姓名一样，显然不是区分商品来源的标识，对相关公众识别商品的提供者未起到指导作用。因此，无论从客观结果上，还是从法律性质分析，原告的使用都不构成商标意义上的使用。

综上，原告的行为不属于商标意义上的"使用"，被告商标的识别功能不会受到损害，原告的行为显然不会侵犯被告的商标专用权。

第二，原告将"品×"作为期刊名称而不是商品名称，且不会误导公众。

其一，期刊名称与商品名称并不是同一概念，原告将"品×"作为期刊名称，而不是商品名称。

我们知道，商品名称分为通用商品名称和特有商品名称。通用商品名称一般都有对应的国家技术标准，在《商品分类表》中也有明确的归类，如电视机、香水、茶叶。商品的特定名称，是指对特定商品的称呼，如加饭酒、茅台酒、21金维他、两面针牙膏、商务通（电子字典）、五粮液（白酒）等等。除此之外，现实中还存在一种包含通用名称但又不是该类商品的商品名称，如冰红茶、无醇啤酒、录音笔等。

所以，期刊名称与商品名称有显著的区别。就本案而言，杂志就是商品

通用名称,品×杂志才是其特定的商品名称。显然,我们不能将“品×”与“品×杂志”相混同。

其二,原告以“品×”为期刊名称,显然不会导致“误导公众”。

判断是否侵犯商标专用权,主要看相关公众的一般注意力是否会对相同或类似商品或服务的来源产生混淆或误认,或者认为其来源与注册商标的商品或服务有特定的联系。

首先,我们在第一部分论述中已阐述了原告使用“品×”二字的目的和方式属于正当、善意、合法、规范使用期刊名称。所以,相关公众施以一般注意力便可得出其为期刊名称,而非商标,非常容易识别,显然不会误认混淆。

其次,“品×”作为期刊名称的知名度明显高于其作为商标的知名度。事实上,《品×》杂志已面向全国公开发行多年,发行数量大,制作精良,目标客户为追求品质生活的都市商务女性。而“品×”商标从注册开始就未使用过,何况其显著性本身就很弱。所以,原告将其作为期刊名称使用不易造成与涉案商标的混淆。引起相关公众和消费者对期刊出处混淆、误认的可能性几乎不存在。

再次,杂志作为人类的精神食粮,为特殊商品,购买杂志的消费者一般较其他购买行为更加谨慎,消费者对内容吸引人的期刊才会选择购买,不会因为期刊名称与涉案商标具有特定联系才有购买欲望。正如,我们作为执业律师,选择法律实践性强的期刊,我们一般会选择《人民司法》。我们选择《人民司法》的时候,其主要原因是该杂志内容通常是由具有审判实践的资深法官所写的具有审判实践的经验文章,以便我们在律师代理中借鉴,显然不会因为《人民司法》与某权利人的注册商标相联系。

最后,根据《出版管理条例》、《期刊出版管理规定》等有关规定,设立期刊、出版单位和出版期刊等实行国家审批制度,当事人经国务院出版行政主管部门批准,即具有合法的出版资格。被告就该期刊名称获得了国家新闻出版总署的许可,而且一个期刊名称只能对应一本期刊。既然原告经过许可,使用“品×”作为期刊名称,那么被告就不能在期刊上再使用“品×”作为名称,公众也不会同时接触到两本同名为“品×”的期刊,故原告对该期刊名称的使用根本不会产生误导公众的后果。

综上,原告以“品×”作为期刊名称既不是作为商品名称使用也不存在误导公众之可能,客观上不可能导致误认。所以,原告的行为显然不构成侵权。

第三,原告享有在先期刊名称权,且具有排他性。只要该在先权利合

法、正当，且规范使用，根据诚实信用原则，理应受到法律保护，原告之行为并不构成对涉案商标的侵犯。

本案实为原告享有的期刊名称权与被告持有的商标权的冲突，解决知识产权权利冲突的基本原则为保护在先权利原则。

2000 年 9 月 11 日，经国家新闻出版署批复，C 杂志更名为《品×》。自此，《品×》杂志社享有合法的期刊名称权。2001 年 8 月，《品×》期刊创刊号正式出版发行。2002 年 1 月 21 日，“品×”商标初审公告。2002 年 4 月 21 日，“品×”商标获准注册。原告品×期刊名称权利取得合法，且形成时间早于被告“品×”商标，根据《商标法》的相关规定及解决知识产权冲突的保护在先权利原则，应优先保护期刊名称权。

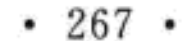
第四，“品×”为通用词语，属暗示性商标，显著性弱，不能给予过宽的法律保护。换言之，其商标专用权的保护范围并不能延及期刊名称。

按照是否具备显著性以及显著性强弱可以将各种标志划分为臆造商标、随意商标、暗示商标、描述性词汇和通用名称五种类型。在商标保护中，商标显著性越强，保护的力度就越大；反之，商标显著性越弱，保护的力度就越小。此五种类型中前两种商标显著性最强，保护力度也最大。暗示商标由常用词汇构成，它与商品或服务虽然没有直接、明显的联系，但以隐喻、暗示的手法提示商品的属性或某一特点。由于其由常用词汇构成，显著性低，保护力度也远不及前两者。

“品×”词语显著性弱，不能给予其过宽的法律保护。当发生权利冲突时，更应充分考量冲突权利是否享有在先权利、是否善意、取得是否合法、是否合理规范使用等因素。

综合上述因素，笔者认为，对“品×”这一显著性很弱的商标不能给予过宽的保护，当其与期刊名称发生冲突时，应当优选保护期刊名称权。

据此，原告使用“品×”作为期刊名称，并未侵犯被告“品×”注册商标权。





劳动与社会保障篇





分公司经营承包人以分公司名义签订劳动合同的效力

——鲍××诉浙江××建设有限公司劳动合同纠纷案评析

赵全强　谭佳晶*

案情简介

原告:鲍××

被告:浙江××建设有限公司

2007年3月29日,浙江××建设有限公司在上海成立上海××分公司(以下简称上海分公司)。上海分公司成立后,浙江××建设有限公司与陈××签订《经营承包协议》一份,《经营承包协议》约定陈××"在经营承包期内,实行独立核算,自主经营,自负盈亏。承包期间所发生的债权债务均由乙方(即陈××)承担,与甲方(即浙江××建设有限公司)无关"。此外,《经营承包协议》还约定"对所聘人员的养老保险、医疗保险、工资待遇、工伤待遇等均由乙方按照规定承担支付(包括乙方本人)。乙方擅自聘任员工而引起的一切劳务纠纷由乙方负责解决并承担相关经济责任"。

2007年4月1日,浙江××建设有限公司持相关手续在具有特种行业经营资格的××刻字店克制"浙江××建设有限公司上海××分公司"和"浙江××建设有限公司上海××分公司财务专用章"各一枚。其中,"浙江××建设有限公司上海××分公司"这一印章后于上海分公司税务登记表中使用,且该印章一直由浙江××建设有限公司工作人员管理。

---

* 赵全强,男,毕业于浙江大学,法学硕士,主要从事建筑房地产领域法律业务,浙江腾飞金鹰律师事务所副主任、专职律师。
谭佳晶,女,毕业于浙江大学,法学硕士,主要从事建筑房地产领域法律业务,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

2007年4月10日,陈××以上海分公司的名义与鲍××签订《聘用合同》一份(后经查证,陈××与鲍××存在亲属关系)。《聘用合同》中甲方由陈××签字,并加盖由陈××自行刻制的"浙江××建设有限公司上海××分公司"印章。《聘用合同》约定如下:

合同期限:自2007年3月1日起,至2010年2月28日止;

工作内容:甲方(即上海分公司)聘用乙方(即鲍××)在业务岗位,从事甲方经营范围内业务的开拓、承接以及外部协调等工作,担任甲方的副经理职务;

工作报酬:(1)基本年薪定为50万元;(2)业务提成为所完成的营业额(或产值)的5%;

甲方违约责任:(1)甲方提前解约的,除应向乙方支付合同剩余期限的基本年薪外,还应按乙方约定完成营业额(或产值)5000万元的5%向乙方支付合同剩余期限的提成部分报酬;(2)甲方未按本合同的约定向乙方计发报酬的,应向乙方支付未按期发放部分20%的经济赔偿金;(3)甲方未按合同约定向乙方提供承接业务的必需的便利条件的,乙方有权解除聘用合同,并按第一款第一项的约定向甲方追究违约责任。

2007年7月5日,因经营情况发生变化,上海分公司注销。

其后,鲍××要求浙江××建设有限公司向其支付相关劳动报酬及违约金。协商未果后,鲍××向一审法院起诉,要求浙江××建设有限公司向其支付工资报酬150万元、违约金30万元,合同剩余年限的提成部分报酬750万元,共计930万元。

争议焦点

1. 案涉《聘用合同》的真实性与合法性;
2. 浙江××建设有限公司是否存在违约行为。

审理判决

一审法院经审理认为,陈××是上海分公司的负责人,其有权代表上海分公司与鲍××签订聘用合同。因此聘用合同中上海分公司公章是否真实、合法,均不影响该聘用合同的成立。陈××与鲍××存在亲属关系,并不能证明聘用合同系双方恶意串通所订立,浙江××建设有限公司也未提供其他证据予以证明。故鲍××与上海分公司订立的聘用合同依法成立并有效。上海分公司系浙江××建设有限公司下属的分公司,现该分公司被依法注销,应由浙江××建设有限公司承担相应的民事权利和义务。

对于本案所使用的相关法律规定，法院认为，《劳动法》第九十七条第三款规定，本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定或自行。因鲍××与上海分公司的聘用合同的解除是在《劳动法》实施前，故应按当时适用的《劳动法》相关规定实行。上海分公司被依法注销的情况发生，导致鲍××与上海分公司订立的聘用合同无法履行，属于《劳动法》第二十六条第一款第（三）项规定的：劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的，用人单位可以解除劳动合同的情况。因双方解除劳动合同，并非由于上海分公司违约所造成，故上海分公司无需根据聘用合同中对违约条款的约定承担违约责任。

据此，一审法院判决：

一、浙江××建设有限公司向鲍××支付工资报酬 125000 元；

二、浙江××建设有限公司向鲍××支付经济补偿金 41666.66 元；

三、浙江××建设有限公司向鲍××支付额外经济补偿金 20833.33 元；

四、驳回鲍××的其他诉讼请求。

一审判决后，鲍××与浙江××建设有限公司均不服，双方均向二审法院提起上诉。二审法院经审理后，驳回上诉，维持原判。

经典分析

本案中，由陈××承包经营的上海分公司，从 2007 年 3 月 29 日领取营业执照到 2007 年 7 月 5 日注销，仅仅存续不到 4 个月且无任何经营活动，但是分公司注销后，总公司却面临分公司员工近千万元的劳动报酬与违约金索偿。浙江腾飞金鹰律师事务所接受本案被告浙江××建设有限公司的委托，参与案件的审理。浙江腾飞金鹰律师事务所律师针对上述争议焦点，提出了相应的代理意见，大部分意见获得一审、二审法院的支持。从本案中，以承包经营方式设立的分公司的法律风险控制问题非常值得思考。

一、案涉《聘用合同》的真实性与合法性

对于案涉《聘用合同》的真实性与合法性，鲍××主张其合法有效。但是浙江××建设有限公司对其真实性、合法性不予认可。《聘用合同》中所

盖的"浙江××建设有限公司上海××分公司"的章是未经法定程序私刻的,陈××与鲍××又具有亲属关系,且从《聘用合同》的内容看,也极不合理;因此浙江××建设有限公司认为《聘用合同》系陈××与鲍××恶意串通签订,对浙江××建设有限公司没有约束力。

虽然存在上述事实情况,但是一审、二审法院最终认定案涉《聘用合同》是合法有效的,因此以承包方式经营的分公司所带来的法律风险是非常值得探讨的问题,也是在经营活动中值得注意的问题。

我们认为该《聘用合同》不合法、不真实,对其没有约束力。主要理由如下:

一、从《聘用合同》上盖的"浙江××建设有限公司上海××分公司"章来看,由于该章是私刻的公章,与浙江××建设有限公司通过法定程序刻制的章不同,因此该《聘用合同》不能够约束浙江××建设有限公司。

1. 根据《浙江省印章刻制治安管理办法》、《上海市特种行业和公共场所治安管理条例》、《上海市印章刻制业治安管理办法》等相关规定,公章应当到具备特种行业经营许可证的刻字店刻制。

"浙江××建设有限公司上海××分公司"的章是由浙江××建设有限公司于2007年4月1日在有刻章特种行业经营许可资质的××刻字店所刻,该刻字店仅刻制了该一枚印章。这枚印章在刻制后还用于2007年4月10日在税务局办理注销分公司手续中的"税务登记表"。这枚公章才是唯一、真实、合法的"浙江××建设有限公司上海××分公司"的章。而《聘用合同》上的章,是未经法定程序私刻的章,且刻制该章的兰××也于2007年11月13日在某区公安分局××派出所的询问中承认了其私刻该印章的行为,该章明显与上述"税务登记表"中使用的章有区别,是一颗私刻伪造的章。

一审法院认为"刻制上海分公司公章的过程与本案不具有关联性","聘用合同中上海分公司公章是否真实、合法,均不影响聘用合同的成立",对此我们认为一审法院该认定值得探讨。合同需要双方当事人一致、真实的意思表示才能成立有效,而代表和反映法人意思的就是公章,如果公章是私刻的、伪造的,那么该盖章就不是其真实意思表示,合同自然就是无效的;一审法院不能仅凭合同上的签字片面地认为合同是有效的。

2. 在聘用合同上甲方处签字的陈××的身份上看,该合同是无效的。

(1)陈××是分公司的承包人,并非企业员工。经营承包协议中第四条明确:"分公司所需人员须报总公司书面审核、批准后方可聘用",第五条明

确:"承包期间,甲方将委派一名管理人员负责对分公司印章、介绍信的保管和使用。"在分公司经营期间,鲍××从未向总公司汇报过需要聘用被上诉人为工作人员;而分公司的章也一直在总公司相关人员的保管之下。

(2)陈××与鲍××本身有亲属关系,这份聘用合同涉嫌陈××与鲍××恶意串通,损害浙江××建设有限公司的利益。

3. 从合同的内容看,也显然不符合常理,不合法、不合理,是恶意串通。

(1)2007年4月10日陈××与鲍××签订聘用合同,但是合同期限却从2007年3月1日开始,但是2007年3月1日的时候上海分公司根本没有成立。

(2)报酬明显不符合客观实际:年薪50万元,业务提成5%更为离谱,目前建筑行业的行业利润也不到5%。

(3)违约责任高得难以想象:解除合同要承担合同剩余年薪加提成(等于是解除合同与不解除合同是一样的)。

二、浙江××建设有限公司是否存在违约行为

鲍××向浙江××建设有限公司主张780万元的违约金,其主张是否成立主要在于浙江××建设有限公司是否存在违约行为。对于这一争议焦点,浙江××建设有限公司认为,因为经营情况发生变化导致上海分公司注销,由此导致上海分公司与鲍××之间的劳动关系终止;并非浙江××建设有限公司存在违约行为,而与鲍××解除劳动关系。

《劳动合同法》第四十四条规定:"有下列情形之一的,劳动合同终止……(五)用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的。"

《劳动法》第二十六条第一款第(三)项规定:"劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使原劳动合同无法履行,经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的,用人单位可以解除劳动合同。"

因此,无论是根据《劳动合同法》还是《劳动法》,浙江××建设有限公司在与鲍××劳动关系的解除(或者终止)上,并不存在违约行为。一审、二审法院最终也都支持了这一观点。一审法院认为,"上海分公司被依法注销的情况发生,导致鲍××与上海分公司订立的聘用合同无法履行,属于《劳动法》第二十六条第一款第(三)项规定的:劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,只是原劳动合同无法履行,经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的,用人单位可以解除劳动合同的情况。因双方解除劳动合同,

并非由于上海分公司违约所造成,故上海分公司无需根据聘用合同中对违约条款的约定,承担违约责任。”

三、本案带来的启示:以承包方式经营的分公司的法律风险控制问题

本案中,上海分公司从 2007 年 3 月 29 日设立至 2007 年 7 月 5 日注销,仅仅存续不到 4 个月的时间,而且在上海分公司存续期间,上海分公司因客观情况并无任何经营活动。但是在这短短不到 4 个月的时间里,却给上海分公司、设立上海分公司的浙江××建设有限公司带来了巨大的法律风险,也造成了实际损失。因此,以承包方式经营的分公司的法律风险控制是一个值得思考的问题。

以承包方式经营的分公司所带来的法律风险包括以下几点:

1. 用工方面的风险:如劳动者的工资报酬、保险、违约金;

2. 印章管理上的风险:如分公司与第三人签订合同;

3. 分公司对外债务上的风险:由于分公司不具有法人资格,其民事责任均由总公司承担;

4. 分公司对总公司造成的名誉上的影响等等。

因此,在设立分公司,尤其是分公司设立后以承包方式经营的,应当着重注意以下几点:

1. 谨慎选取分公司经营承包人:在选取分公司经营承包人时,要着重考察其人品、诚信度、资信情况,必要时应当要求提供适当的担保;在经营承包协议中,应当对分公司盈亏承担、债权债务等进行明确约定;

2. 印章上的控制:对于分公司的印章,建议由总公司刻制并保管;在日常经营行为中,要加强对分公司印章的管理力度;

3. 制度上的控制:对于分公司与第三人签订的合同,可以要求分公司向总公司进行合同备案;对于分公司聘用的劳动者要求向总公司进行人事备案等;

4. 财务上的控制:对于分公司的经营情况,总公司要加强监管,及时对分公司的财务情况进行审核及监督。



工伤待遇与经济补偿金可以同时要求

——宋某某诉浙江某管业有限公司劳动争议纠纷案评析

冯 森*

案情简介

宋某某于2007年9月21日到浙江某管业有限公司工作，建立劳动用工关系，并签订了书面劳动合同。劳动合同一年一签，最后一份劳动合同期限为一年，从2010年2月21日到2011年2月20日。2010年3月10日宋某某发生了工伤事故，2010年4月9日经某区劳动和社会保障局认定为工伤，2010年7月8日经某市劳动能力鉴定委员会鉴定为因工致残程度拾级。宋某某在发生工伤事故后，才知道在劳动关系存续期间，浙江某管业有限公司仅从2007年9月21日给宋某某办理独立工伤保险，未办理养老保险、医疗保险、失业保险等社会保险。另外，劳动关系存续期间浙江某管业有限公司从未安排年休假。宋某某多次要求浙江某管业有限公司依法为其办理社会保险并补缴养老、医疗等社会保险费用，依法支付未休年休假的工资。浙江某管业有限公司均不予办理。在与浙江某管业有限公司多次协商未果的情况下，宋某某要求与浙江某管业有限公司解除劳动关系并要求依法支付经济补偿金、未休年假工资、高温补贴费等。同时，宋某某要求浙江某管业有限公司按工伤伤残等级支付工伤待遇及补交养老保险、医疗保险等社会保险并赔偿失业待遇损失。因浙江某管业有限公司只同意支付工伤待遇，不同意支付经济补偿金等，双方因此发生争议。

争议焦点

本案争议的焦点是宋某某在要求支付工伤待遇时，可不可以要求支付

* 冯森，男，毕业于西南政法大学，主要办理民事、刑事、经济合同纠纷及公司和劳动等法律业务，浙江六和律师事务所专职律师。

经济补偿金及失业待遇。

审理判决

宋某某依法申请劳动仲裁后，劳动争议仲裁委员会认为浙江某管业有限公司虽然没有为宋某某办理社会保险，但宋某某没有提供因此原因而要求解除劳动关系的有效证据，而在在劳动仲裁申请书中提出要求解除劳动关系则是为了享受一次性工伤医疗和就业补助金，所以宋某某要求支付解除劳动合同的经济补偿金依据不足，不予支持；关于失业待遇损失，根据《浙江省失业保险条例》第二十一条规定，同时具备非因本人意愿中断就业等相关条件的才享受失业保险待遇，本案中申请人自己提出要求解除劳动关系，故该请求依据不足，不予支持。因对劳动争议仲裁委员会的裁决不服，宋某某依法向人民法院提起民事诉讼，在法院审理过程中浙江某管业有限公司同意支付经济补偿金及失业待遇，双方调解结案。

案件评析

本案是由工伤待遇引发的劳动争议。对于工伤待遇部分依据《工伤保险条例》、《浙江省人民政府关于贯彻执行〈工伤保险条例〉有关事项的通知》(浙政发〔2003〕52 号)等法律法规进行赔偿双方没有争议。

对于是否应当支付解除劳动关系经济补偿金，依据《中华人民共和国劳动法》第七十二条“社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费”的规定，被告应当依法为原告办理社会保险，缴纳社会保险费，但被告一直未给原告办理养老、医疗等社会保险也未缴纳社会保险费，依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款“用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同”第(三)项“未依法为劳动者缴纳社会保险费的”、第四十六条“有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：(一)劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的”，由于用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费，劳动者有权要求解除劳动合同并要求按《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿”的规定要求依法支付经济补偿金。法律并没有规定要求劳动者因用人单位不依法为劳动者缴纳社会保险费而提出解除劳动合同必须要提出书面通知。劳动争议仲裁委员会不予支持宋某某要求支付经济补偿金的裁决不符合法律法规的

规定。

对于是否应当支付失业保险待遇，本案中宋某某系农民合同制工人。依据《失业保险条例》第二十一条“单位招用的农民合同制工人连续工作满1年，本单位已缴纳失业保险费，劳动合同期满未续订或者提前解除劳动合同的，由社会保险经办机构根据其工作时间长短，对其支付一次性生活补助。补助的办法和标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。”《浙江省失业保险条例》“第二十七条“农民合同制职工连续工作满一年，其用人单位已按照规定缴纳失业保险费，劳动合同期满未续订或者提前解除劳动合同的，由经办机构对其支付一次性生活补助。一次性生活补助按照不低于相同缴费时间的城镇职工可以享受失业保险金总额的百分之四十确定。补助的具体办法和标准，由统筹地区人民政府规定。”第四十七条“因用人单位不按照规定参加失业保险、不按照规定缴纳失业保险费等原因，造成失业人员不能按照规定享受失业保险待遇、农民合同制职工不能按照规定享受一次性生活补助的，用人单位应当按照其失业保险待遇损失或者一次性生活补助损失总额的二倍给予赔偿。”及〔某区关于印发《某区贯彻〈浙江省失业保险条例〉实施办法》的通知〕第十八条“农民合同制职工一次性生活补助（一）农民合同制职工一次性生活补助的标准，按照相同缴费时间的城镇职工可以享受失业保险金（不包括医疗补助金）总额的40%确定”的规定，宋某某作为农民合同制工人，其领取失业保险待遇即一次性生活补助的条件是“连续工作满一年，劳动合同期满未续订或者提前解除劳动合同”而并不是劳动争议仲裁委员会所认为的必须具备非因本人意愿中断就业的等相关条件的才享受失业保险待遇。同时本案中，因用人单位不依法缴纳社会保险宋某某要求提起解除劳动合同也是因用人单位违法行为迫使宋某某提前解除劳动合同，也具备非因本人意愿中断就业的领取失业待遇的条件。因此，宋某某应当依法获得一次性生活补助的失业保险待遇。

从上述案例可以看出，我国已逐渐完善对劳动者保护的相关立法。也提示用人单位，一定要在用工过程中遵守国家的法律法规的规定，维护劳动者的合法权益，以避免给自己造成不必要的经济损失。



同一个连续的合同期内的两种不同法律关系:劳动关系和雇佣关系

——对劳动者先试用后再与劳务派遣单位签订合同一案的评析

钟亲元*

案情简介

原告钟明(化名)与被告一 A 省国投中心(以下简称"国投")在 2009 年 8 月 4 日签订了《劳动合同》(劳动合同期限为一年,自 2009 年 8 月 1 日起至 2010 年 7 月 31 日);合同中约定原告被派遣到被告二龙孚贸易 A 省 B 市办事处(以下简称"办事处")处上班,工资为 1500 元/月;在 2009 年 8 月 3 日原告与被告二签订了一份《员工合同》约定:原告工资为税后工资 7500 元人民币,实施 13 薪制,春节发双薪,医保、社会保险和住房公积金公司按照国家及 B 市地方规定缴纳;原告享有公司规定的 15 天带薪休假。

原告其实在 2009 年 5 月 5 日就开始在被告二处上班,当时办事处以试用期三个月的名义在办事处工作。原告自 2009 年 5 月 5 日开始一直在被告处上班,兢兢业业,工作努力,遵守被告的各项规章制度;但原告工作至 2010 年 2 月 3 日接到被告二办事处的管理人员——黄负责人的口头通知,被告知要求钟明终止劳动关系,强制要求原告写辞职报告,而且要马上就办理交接手续,否则不给发放扣押的工资、报销与电脑保证金。原告不同意,被告就用暴力及恐吓语言威胁原告,还抢夺原告在使用的笔记本电脑;当时报警 110,B 市公安局 C 派出所干警赶到现场予以处理,被告二还用伪造的电脑接收协议书(仲裁时已经鉴定为伪造)欺骗派出所,企图非法占有该台

* 钟亲元,男,毕业于浙江大学,主要办理劳动争议、房地产、交通事故等法律业务,浙江六和律师事务所专职律师。

笔记本电脑。不过，由于被告二证据不足，该台笔记本电脑还托管在B市C派出所。

于是原告在2010年3月11日向A省劳动争议仲裁委员会提起仲裁，后经过开庭，三方未达成和解，仲裁委进行了裁决，原告作为劳动者不服裁决起诉到人民法院。诉请为：1. 确认被告违法解除原告与被告之间的劳动关系。2. 被告一次性支付原告工资及其经济补偿金53886.9元：a)2009年5月份起至2009年8月份期间未签劳动合同的双倍工资16812.5元；b)2009年11月份与2010年1月份拖欠税后工资15000元及经济补偿金3750元；c)2009年5月、6月、7月、9月、10月、12月、2010年2月份拖欠月工资14659.5元及经济补偿金3664.9元。3. 被告一次性支付原告年终奖7500元(税后)。4. 确认被告一收取电脑保证金11000元属于违法行为，同时被告一返还原告电脑保证金11000元；确认电脑为原告所有，并由被告一返还。5. 被告一次性支付原告带薪休假工资12754.3元。6. 被告一次性支付原告违法解除劳动合同经济赔偿金16812.5元。(以上共计101953.7元)7. 被告依法补缴原告2009年5月起至2010年2月的社会保险(养老、医疗、失业、生育、工伤保险)8406.25元/月为基数与1500元/月为基数之间的差额。8. 依法补缴原告2009年5月份至8月和2010年2月的住房公积金，8406.25元/月为基数按照12%的比例缴纳；同时补缴原告2009年9月份起至2010年2月的住房公积金以8406.25元/月为基数与1500元/月为基数之间的差额。9. 两被告相互之间承担连带责任。10. 诉讼费用由被告承担。

争议焦点

1. 2009年5月5日至2009年7月31日之间是劳动关系还是雇佣关系？是否属于劳动争议案件调整范围？

2. 办事处与劳动者签订的《员工合同》是否有效？劳动者的工资是1500元/月还是税后7500元/月？年休假15天是否有效？

3. 被告是否违法解除劳动合同？是否双倍赔偿？

4. 少缴社会保险和住房公积金要求补缴是否属于劳动争议？

5. 国投对办事处上述诉请是否承担连带责任？

审理判决

1. 办事处支付钟明2009年9月、10月、12月少发的工资4993元及25%经济补偿金1248.25元；



2. 办事处支付钟明2009年11月、2010年1月和2010年2月1—2日未发的工资15690元及25%经济补偿金3922.5元;

3. 办事处支付钟明未休年休假工资4638元;

4. 办事处支付钟明违法解除劳动合同赔偿金15240元;

5. 上述合计48731.75元在判决生效之日起15日内付清;

6. 国投对办事处上述应付款项承担连带责任;

7. 驳回钟明的其他诉讼请求。

经典评析

1. 雇佣关系与劳动关系既有联系,又有区别。

劳动关系从雇佣关系发展而来,两者是包容与被包容的关系。雇佣关系与劳动关系二者规范的对象均为劳务的给付和劳务的受领,且两者的特征也有重合之处,如均强调用工主体对工作人员的支配权、工作人员都是为雇主或用人单位的利益而工作。

但两者亦有明显的区别。

第一,用工主体不同。根据《中华人民共和国劳动法》和劳动部《关于执行劳动法若干意见》的相关规定,我国劳动法所涉及的主体有:国内的多种类型的企业,个体工商户和与之订立了劳动关系的劳动者,国家机关、事业单位、社会团体和与其形成劳动关系的劳动者。而在雇佣关系中,合同双方的签约主体一般为自然人,还有不属劳动法调整范围的农村承包经营户及其所招用的劳工等。

第二,适用法律不同。从我国现行立法现状看,我国民法和劳动法分属于不同部门法,雇佣关系归民法调整,劳动关系由劳动法调整。但是,在适用法律方面,我国的民法和劳动法构成普通法与特殊法的关系。法院在审理雇主责任案件时,只能适用我国民法及司法解释的相关规定。而在审理劳动争议案件时,则应首先考虑适用劳动法;在劳动法没有相应规定的情况下,也可以适用民法及其相关司法解释中有关雇佣关系的规定。

第三,体现的意志不同。劳动关系体现了国家的强制干预性,劳动合同除了体现双方当事人的意志外,国家对劳动者的工资、保险等方面,作了强制性规范,体现了国家意志,故劳动关系兼具国家意志与当事人意志的双重属性。而在雇佣关系中,只要雇主与雇员双方意思达成一致,合同即告成立。

根据《劳动合同法》第八十二条:用人单位自用工之日起超过一个月不

满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。第十条：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。根据国务院《关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》(1980 年 10 月 30 日发布)规定，外国企业常驻代表机构聘请工作人员，应当委托当地外事服务单位办理。仲裁委认定：外国企业常驻代表机构未通过涉外服务单位直接招用中国雇员的，双方不能认定为合法的劳动用工关系，应当认定有关用工关系为雇佣关系。本案第一被申请人办事处属于外国企业常驻代表机构，故劳动者钟明与国投签订劳动合同前(即 2009 年 5 月至 7 月)，其与办事处形成的用工关系为雇佣关系，不是劳动争议的受案范围，故劳动者钟明要求的双倍工资和拖欠的 2009 年 5 月至 7 月工资不予支持。一审法院认为：办事处为外国企业常驻代表机构，其未依规定通过相关就业服务单位而直接招用劳动者形成的用工关系，按雇佣关系处理。故本案中办事处在 2009 年 8 月 1 日前与劳动者钟明形成的用工关系为雇佣关系而非劳动关系，不存在未签劳动合同双倍工资及拖欠工资经济补偿金之说，原告主张被告办事处拖欠其劳动报酬、未返还电脑保证金及归还电脑之请求，亦属于双方雇佣关系期间发生的争议，应当使用有关雇佣关系的法律规定处理，而非本案调整范围，故本院对上述请求在本案中不予处理。

2. 原告与被告一办事处签订《员工合同》，是办事处出于工作的实际需要进一步约定工作时间、工作内容、劳动报酬，该约定是双方真实意思表示，并不违反国家有关规定，故仲裁委和一审法院均认定该《员工合同》合法有效，双方当事人应当依约履行。其具体内容约定实施 13 薪制，春节发双薪；原告工作到 2010 年 2 月 3 日却被告知无故解除劳动合同，该工作时间已经到了春节，符合发放双薪的条件，被告应当予以发放。被告一在原告上班时出示了一张 11000 元笔记本电脑的发票复印件，原告被要求缴纳 11000 元才能使用笔记本电脑。《劳动合同法》第九条明确规定：用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。但被告二仍然违法收取原告电脑保证金 11000 元；根据被告二出具的《电脑接收协议书》(仲裁时经鉴定为被告一负责人黄某真实签名和被告一盖章)：工作满六个月(2009 年 11 月 4 日)，现金人民币 11000 元如数归还钟明，并且此笔记本电脑作为公司福利归钟明完全拥有；因此该台笔记本电脑应归原告所有。

尽管法院认定该期间属于雇佣关系不予处理，但依法仍然应当予以

返还。

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条:中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议,适用本法:……(四)因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;福利本属于劳动争议;仲裁委却以不属于劳动争议为由不予支持,与法不符。

根据原告与被告一在《员工合同》约定原告享有公司规定的15天带薪休假。同时根据《职工带薪年休假条例》第五条第二款:对职工应休未休的年休假天数,单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬。一审法院按照实际工作时间予以折抵应该是正确的。

3. 原告与被告之间的劳动合同期限未满,原告实际与被告二发生劳动关系,原告在职期间的工资也是由被告二支付,被告单方提前违法解除劳动合同,根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第八十七条、第四十七条的规定应该支付双倍经济赔偿金,原告在被告处工作了十个月,被告应该向原告支付相当于2个月的工资作为赔偿金,因此赔偿金为16812.5元。《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条:用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同,劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行;劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的,用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。第八十七条:用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的,应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。第四十七条:经济补偿按劳动者在本单位工作的年限,每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的,按一年计算;不满六个月的,向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

原告工作了近10个月,每月税前工资为8406.25元,仲裁委支持是合法的,但计算基数有误。一审法院予以纠正了。

4. 被告应当依法补缴原告2009年5月起至2010年2月的社会保险(养老、医疗、失业、生育、工伤保险)8406.25元/月为基数与1500元/月为基数之间的差额,应当依法补缴原告2009年5月至8月和2010年2月的住房公积金,8406.25元/月为基数按照12%的比例缴纳;同时补缴原告2009年9月起至2010年2月的住房公积金以8406.25元/月为基数与1500元/月为基数之间的差额。

根据《A省职工基本养老保险条例》第九条:职工个人每月按照本人上一年度月平均工资(以下简称缴费工资)的一定比例缴纳基本养老保险费,

缴费比例根据经济发展水平和职工工资的增长逐步提高，最终达到本人缴费工资的百分之八。具体比例由省人民政府规定。新参加工作、重新就业和新建用人单位的职工，从进入用人单位之月起，当年缴费工资按用人单位确定的月工资收入计算。

根据国务院《住房公积金管理条例》第十五条：单位录用职工的，应当自录用之日起30日内到住房公积金管理中心办理缴存登记，并持住房公积金管理中心的审核文件，到受委托银行办理职工住房公积金账户的设立或者转移手续。

根据2007年1月8日B市住房公积金管理中心颁布的《关于2007年度B市市区住房公积金缴存比例和缴存基数调整工作的通知》第三条：企业和其他组织的住房公积金缴存比例可根据单位实际，在8%至12%的范围内具体申报确定。同一单位须执行相同的缴存比例。

只不过一审法院判决认定上述社保和住房公积金不属于劳动争议不予处理。以下两个法院的文件也是如此描述：

杭州市中级人民法院民事审判第一庭关于印发《杭州地区法院审理劳动争议案件若干实务问题的处理意见(试行)的通知》第七条，劳动者和用人单位之间因补缴少缴的社会保险问题引发的纠纷，不属于劳动争议案件的审理范围，人民法院不予受理。

浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)等三个指导性意见的通知》第二条，劳动者与用人单位因住房公积金产生的争议，不属于劳动争议。

5. 两被告相互之间应当承担连带责任。

仲裁裁决认定：国投仅仅对解除劳动合同赔偿金15000元承担连带责任，且数额仅限于3000元；一审法院认定：原告与被告国投签订劳动合同后，被派往办事处工作，并在办事处领取工资等货币性收入，因用工关系发生争议，被告国投作为指派单位、办事处作为用工单位应当承担连带责任。故被告国投对上述被告办事处应付款项承担连带责任。法院判决纠正了仲裁委的裁决。

用人单位违法辞退员工的代价

——周某诉某控股有限公司劳动争议纠纷案诉讼技巧

王旭东*

案情简介

申请人:周某,男,上海市人

被申请人:某控股有限公司

2009年2月20日,原、被申请人双方签订书面劳动合同一份,约定申请人担任某实业有限公司(被申请人全资子公司)总裁工作,合同期限为2009年2月20日至2016年2月19日,申请人应达到的工作标准为《某实业有限公司2009年—2014年发展规划纲要》,报酬为年薪40万元人民币(实际每月应发标准为22857元,其他以期权方式实现)。2009年3月,被申请人发布《某实业有限公司2009年—2014年(第一个)五年发展规划》,规定2009年度销售目标为5000万元。2009年9月14日,被申请人发文作出《关于免去周某总裁职务的决定》,该决定的主要内容为:申请人担任某实业有限公司期间未能务实带领企业按发展计划的方向落实各项工作,使该公司第一年目标的实现错失良机,给公司带来较大损失,决定免去申请人总裁职务,同时终止双方的劳动合同。同日,被申请人向申请人出具《解聘通知书》一份,认为申请人的实际工作无法满足五年发展纲要之要求,不适应公司发展,经董事会研究决定,予以正式解聘,申请人的工资计发至2009年9月14日,并要求申请人办理移交。申请人于次日离开被申请人单位。

纠纷发生后,周某找到本律师希望为其维权。律师分析案情后,认为该用人单位以周某不胜任工作为由解除劳动合同不符合法律的规定,但如向

---

* 王旭东,男,西南政法大学法律硕士,主要办理企业劳动法律风险防范研究等法律业务,浙江六和律师事务所专职律师。

用人单位主张违法解除劳动合同的赔偿金则仅为 13740 元[①]，周某认为这样的话，因被突然解雇无法及时找到合适的工作，即使案件胜诉也远远无法弥补自己的实际损失，并且用人单位本身也愿意支付高于该金额的补偿费用。根据上述情况，律师与周某商讨后，决定向 A 市某区劳动争议仲裁委员会提出以下两项仲裁请求：1. 裁令被申请人撤销解聘通知书，双方继续履行劳动合同；2. 裁令被申请人按照年薪 40 万元标准补发 2009 年 9 月 14 日至裁决恢复履行劳动合同之日的工资报酬。

争议焦点

1. 本案中用人单位以周某无法满足五年发展纲要之要求为由解除劳动合同是否合法？

2. 周某可否要求继续履行劳动合同？

3. 周某可否主张违法解除劳动合同之日起至恢复履行劳动合同之日止的工资报酬？

审理判决

仲裁委经审理后于 2010 年 2 月 2 日作出裁决，认为：从《解聘通知书》的内容判断，被申请人是以申请人不能胜任工作为由与申请人提前解除劳动合同，被申请人认为申请人不能胜任工作的主要理由为申请人不能满足劳动合同中约定的《某实业公司 2009—2014 年发展规划纲要》关于 2009 年度完成销售目标 5000 万元的要求，至 2009 年 9 月 30 日当年度销售额只有 108 万元。根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一款第（二）项的规定，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。申请人作为被申请人聘用的某实业有限公司总裁，对该公司发展规划纲要的实现负有责任，且双方在劳动合同中约定对申请人的工作标准的评判就是依据该发展规划纲要。但企业发展规划纲要的实现涉及企业经济活动的各个方面，被申请人所举证据还不足以证明杭州某实业有限公司 2009 年度销售目标将无法实现的责任与申请人

① 根据《劳动合同法》第四十七条的规定，劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付。按此规定，本案申请人的赔偿金为（27480 元/年÷12 个月×3 倍）×1 个月经济补偿金×2 倍＝13740 元。



任职半年中的职务行为存在必然联系,即使申请人不能胜任工作,也需经过培训或者调整工作岗位,申请人仍不能胜任工作的,才可以提前三十日书面通知申请人或额外支付一个月工资后解除劳动合同。所以本委认为被申请人属于违反《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一款第(二)项的规定与申请人解除劳动合同。根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条的规定,用人单位违反该规定解除劳动合同,劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行,所以对于申请人要求双方继续履行劳动合同的请求,予以支持。由于被申请人解除申请人劳动合同的行为违反了劳动合同法的规定,由此直接造成申请人不能正常履行劳动义务的责任在于被申请人,同时也造成了申请人原有应得工资收入的损失,根据原劳动部《关于违反劳动法有关劳动合同规定的赔偿办法》(劳部发〔1995〕223号)第三条第一款第(一)项的规定,申请人应当承担赔偿责任。所以对申请人要求被申请人支付停工期间工资的请求,予以支持。

经调解无效,根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一款第(二)项、第四十八条和参照原劳动部《关于违反劳动法有关劳动合同规定的赔偿办法》(劳部发〔1995〕223号)第三条第一款第(一)项的规定,裁决如下:

一、在本裁决书生效之日起双方继续履行劳动合同。

二、在本裁决书生效之日起15日内由被申请人支付2009年9月15日至双方恢复履行劳动合同之日的工资(按22857元/月标准计发)。

一审判决

裁决后,用人单位不服,向A市某区人民法院起诉,该区法院经审理后于2010年8月13日作出判决,认为:

原、被告于2009年2月20日签订书面劳动合同,劳动合同期限为2009年2月20日至2016年2月19日,约定试用期3个月,原告聘用被告从事某实业有限公司总裁工作,被告应达到的工作标准为《某公司2009—2014年发展规划纲要》,被告的报酬为年薪40万元人民币,其中包括岗位津贴、交通补贴、住房补贴、保密费和加班补贴等。2009年3月原告发布《某实业有限公司2009—2014年(第一个)五年发展规划纲要》,规定2009年度销售目标为5000万元。同年4月,原告发布《关于全面实行精准整合管理平台OA系统办公的规定》(初稿),规定"一天无记录、无请假、无正当理由视为当天旷工一天,三天无记录、无请假、无正当理由取消当月考评工资、五天无记录、无请假、无正当理由视为自动离职",同时规定该制度为原

告单位强制性制度。2009 年 9 月 14 日,原告以被告工作期间给公司带来较大损失为由,免去其总裁职务,同时终止双方的劳动合同。同日,原告向被告出具解聘通知书,认为被告无法按照五年发展纲要之要求,不适应公司发展,经董事局研究决定,予以正式解聘。被告的工资计至 2009 年 9 月 14 日,并要求被告办理移交。被告于次日离开原告单位。

被告就诉争劳动争议纠纷申请劳动仲裁,要求原告撤销解聘通知书,继续履行合同,按照 40 万元年薪标准补发 2009 年 9 月 14 日至裁决生效之日的工资报酬。2010 年 2 月 2 日 A 市某区劳动争议仲裁委员会裁决从生效之日起双方继续履行合同,从生效之日起 15 日内原告支付被告 2009 年 9 月 15 日至恢复履行合同之日的工资(按照 22857 元/月标准计发)。原告不服,诉至本院,提出前述诉请。

本院认为,根据原告向被告出具的解聘通知书,解聘的理由是被告无法按照五年发展纲要之要求,不适应公司发展;根据原告会议纪要的内容,除了上述理由外,被告还存在不按照《全面实行 OA 办公系统的规定》书写日记。本院认为,原、被告订立的劳动合同依法成立,双方均应按照合同约定履行权利义务,该合同第二条约定被告应达到的工作标准为《某实业公司 2009—2014 年发展规划纲要》;虽然没有约定未达到上述目标是解除合同的依据,但根据原告聘任被告为某实业有限公司的职位为总裁以及年薪 40 万元标准的事实,被告与一般普通劳动者存在区别,其业绩达到《某实业公司 2009—2014 年发展规划纲要》应为合同本意。尽管被告辩称是由于原告资金不到位、管理方面等原因造成未达到纲要要求,与其无关;但双方签订的合同中未约定原告为实现《某实业公司 2009—2014 年发展规划纲要》所应承担的资金投入等条件。至 2009 年 9 月 14 日止,被告确认公司存在亏损,且一直以来实现的销售基本为零,该业绩与《某实业有限公司 2009—2014 年(第一个)五年发展规划纲要》中规定的 2009 年度销售目标为 5000 万元的目标相差甚远,故原告以被告未达到合同约定的 5000 万元销售目标而与其解除合同,应属合理;原告出具解聘通知书后被告也离开了公司。据此,依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十九条、第三十九条第(三)项之规定,判决如下:

一、原告某控股有限公司与被告周某订立的劳动合同于 2009 年 9 月 14 日解除。

二、驳回原告某控股有限公司的其他诉讼请求。

案件受理费人民币 5 元,由被告周某负担。

二审判决

一审判决后,周某不服,向二审法院提起上诉,二审法院经审理后于2011年1月24日作出判决,认为:

被上诉人单方解除劳动合同是否合法系本案的主要争议焦点。关于被上诉人单方解除劳动合同问题,从其发给上诉人的《解聘通知书》分析,被上诉人是以上诉人不能胜任工作为由与其提前解除合同。而至于上诉人是否按照公司《关于全面实行精准整合管理平台OA系统办公的规定》(初稿)的规定书写日记,由于解聘通知书中并未予以明确,故被上诉人不能以该理由行使单方解除权。被上诉人认为上诉人不能胜任工作的主要理由是上诉人不能满足劳动合同中约定的公司发展规划纲要关于2009年度需完成销售目标5000万元的要求。虽然双方都认可截止2009年9月,公司的营业额远未达到销售目标,但公司的销售显然不是上诉人一人的工作就能完成。即使上诉人存在不能胜任的情形,按照双方的合同约定,也只有在对上诉人进行培训或调整岗位后仍不能胜任的,被上诉人在提前三十日书面通知上诉人或者额外支付上诉人一个月工资后,才能单方解除劳动合同。故被上诉人仅根据上诉人在工作期间,业绩销售没有达到规划纲要规定的金额直接解除双方的劳动合同,明显违反双方的约定及有关法律规定,故双方的劳动合同应继续履行。原审法院认定上诉人严重失职给被上诉人单位造成重大损失并无相关证据予以证明,应予纠正。上诉人周某的上诉请求得当,本院予以支持。综上,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(三)项之规定,判决如下:

一、撤销A市某区人民法院第×号民事判决。

二、驳回某控股有限公司的诉讼请求。

三、某控股有限公司与周某继续履行双方于2009年2月20日签订的劳动合同。

四、某控股有限公司于本判决生效之日起十五日内支付周某从2009年9月15日至本判决生效之日的工资(按照22857元/月标准计发)。

一审案件受理费5元、二审案件受理费10元,均由某控股有限公司负担。

经典评析

根据《劳动合同法》第四十八条的规定,用人单位违法解除劳动合同的,劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行;劳动者不要求继

续履行劳动合同或劳动合同已经不能继续履行的,用人单位应当以经济补偿金标准的二倍向劳动者支付赔偿金。根据该条规定,用人单位违法解除劳动合同的,劳动者可以有两种选择,即要求继续履行劳动合同或要求支付赔偿金。而实践中,多数劳动者考虑到"强扭的瓜不甜",不会选择要求继续履行劳动合同,往往会选择后者,这种状况导致用人单位违法解除劳动合同后果的严重性认识不足,认为违法辞退员工的后果无非是支付数额有限的赔偿金。然而,下面要介绍的案件的判决结果却是用人单位为违法辞退某员工付出了数十倍于赔偿金数额、高达数十万元的惨重代价。

该案从仲裁至二审判决,历时约16个月。按照二审最后的判决,该用人单位最后应当补发周某16个月零9天的工资合计约37万余元,代价不可谓不惨重,想必其在当初作出解聘决定时万万不会想到,也是很多用人单位不会想到的。

在这起案件中,笔者认为用人单位犯了以下几个错误,值得借鉴:

一、在这起案件中,该用人单位犯了一个常见的错误,即对于不胜任工作的员工直接作出了解雇的决定。然而,根据《劳动合同法》第四十条第一款第二项的规定,劳动者不能胜任工作的,需先经过培训或调整工作岗位,仍不能胜任工作的,用人单位方可解除劳动合同。该规定针对的是所有劳动者和岗位,并没有除外的岗位,故本案中周某虽为某控股有限公司下属子公司总裁,即使不胜任工作,也不能直接解雇,本案中一审判决认为周某与一般普通劳动者存在区别显然缺乏法律依据。

二、在面对劳动者要求继续履行劳动合同的诉请时,该用人单位在仲裁时应诉思路不当,在一审时又犯了一个不小的错误。

根据《劳动合同法》第四十八条的规定,用人单位违法解除劳动合同的,劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行;劳动者不要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能继续履行的,用人单位应当以经济补偿金标准的二倍向劳动者支付赔偿金。该条规定中有一个重要的规定是"或劳动合同已经不能继续履行的",用人单位应当以经济补偿金标准的二倍向劳动者支付赔偿金,如合同已无法继续履行,仲裁也就无法裁决继续履行劳动合同。而在整个仲裁过程中,用人单位根本未提出该抗辩,也未提供相关证据。仲裁裁决后,一审期间,用人单位提供了一份董事会决议及任命书,证明已任命新的总经理,原合同无法继续履行。但显然总经理和总裁并非当然地是同一职务,用人单位也无材料证明设了总经理后不再设总裁,故二审并未采纳该抗辩理由。如用人单位在一审或二审时能提供不能继续履

行劳动合同的有效证据,判决结果显然会不一样。

三、本案中的用人单位在签订劳动合同时缺乏经验,合同订立不当。

本案中,周某的岗位直接约定为总裁,合同期限且长达 7 年,这显然是不妥的,会严重制约企业的管理自主权。虽然合同中约定了工作职责,员工不胜任工作的可以调整工作岗位,但实践中,要通过明确的证据证明员工不胜任工作还是经常会遇到一定的困难,或者因为经营思路明显不对,公司也很难撤销其职务,这一切的根源是用人单位将职务与岗位混淆,将职务填在了岗位上,变成用人单位要调整其职务便是调整其岗位,需协商一致,或必须证明其不胜任工作。因此,对于该类公司高级管理人员,切忌将职务直接填在合同岗位上,岗位应当填写诸如“行政管理”、“财务管理”、“销售管理”等,同时向该员工下达聘书,聘任其担任“办公室主任”、“财务总监”、“销售经理”等职位,同时聘期可以是半年、也可以是一年一聘。当然,高级管理人员的管理主要还是要依靠工资绩效制度,通过完善的绩效考核制度实现对高级管理人员的有效激励和淘汰。



总经理拒绝与用人单位签订劳动合同，单位无须支付双倍工资

——王某与某物业公司劳动争议纠纷案评析

邱　坤　蒋依恒*

案情简介

2009年12月1日，王某经人推荐被某物业公司聘用，担任物业公司新接楼盘某管理处驻场总经理，全权负责该管理处的筹建和运营，包括人员招聘、部门设立、规章制度建设、管理处日常运作等，每月工资为12000元。该物业管理处成立后，设有人事部、运作部、工程部、秩序维护部等部门，所有员工的招录和签约都由人事部负责，操作程序是：员工填表、交人事档案必需资料、在两份劳动合同上签字后，人事部将劳动合同带到公司盖章，一份合同返还员工，一份合同人事部归档。2010年9月17日，物业公司因王某在工作中常有徇私舞弊行为、属于严重违规而做出解除劳动关系决定，给王某出具了解除劳动关系证明书，王某当日离职。2010年11月3日，王某向某区劳动争议仲裁委员会提请仲裁，要求物业公司支付2009年12月至2010年9月期间未签劳动合同双倍工资的不足部分12万元，还提出支付加班工资、违法解除劳动关系赔偿金等其他仲裁请求。

争议焦点

本案争议焦点是：

王某未签劳动合同的过错在哪一方？用人单位是否应当支付王某未签劳动合同的双倍工资？

* 邱坤，女，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。
蒋依恒，女，浙江腾飞金鹰律师事务所律师助理。

审理判决

关于申请人王某依据《劳动合同法》第八十二条之规定向被申请人某物业公司主张未签劳动合同双倍工资不足部分的诉请，劳动争议仲裁委员会经审理认为：劳动合同系用人单位与劳动者达成合意后签订，劳动者有义务与用人单位积极协商签订劳动合同，如确因劳动者原因而未签订劳动合同的，则不应一概归责于用人单位；申请人作为被申请人单位某物业管理处总经理，负责日常的人事工作，其理应知道及时与用人单位签订劳动合同，这也是其工作的应尽职责，而申请人在职期间一直拒绝与被申请人签订书面劳动合同。本委认为双方未签劳动合同的过错在于申请人，故对其要求被申请人支付未签劳动合同双倍工资不足部分的申诉请求，不予支持。

收到裁决后，王某没有提起诉讼。

经典评析

《劳动合同法》自 2008 年 1 月 1 日起施行后，用人单位不签劳动合同应当向劳动者支付双倍工资的条款，作为最新观点、最严厉处罚规定，一方面已经被广大用人单位所知悉，成为单位防范劳动法律风险的重点工作；另一方面，也成为某些别有用心的员工利用的工具，他们企图以此获得额外利益。本案的裁决结果，没有机械地套用法律条文，客观地反映了事实真相，对于准确适用法律、维护用人单位的合法权益、打击员工不诚信行为具有重要指导意义。

本案审理过程中，双方围绕争议焦点展开了激烈的争论。笔者作为用人单位的代理人，提出了以下观点：

一、被申请人在不知情、被蒙蔽的情况下形成没有与申请人签订书面劳动合同的事实，但被申请人已经完全按照劳动合同法等法律规定履行了用人单位的义务，此种情况下，不应适用劳动合同法第八十二条规定由被申请人承担未签合同的惩罚性后果，不应支持恶意不签书面合同的申请人提出的双倍工资要求

被申请人提供的证据证明：申请人被聘请为某管理处驻场总经理后，负责该项目管理处的筹建，所有工作人员均是其招聘和录用（包括人事部员工）、人事档案的建立、规章制度的制定和执行都是申请人具体操作完成的，在管理处员工离职、解除合同等劳动争议处理方面也都是申请人作为被申请人的代理人去实施的，可见其在劳动法律法规方面具有很高的知识水平

和运用能力，申请人对于劳动者与用人单位不签订劳动合同的后果是劳动者获益这个法律常识是非常清楚的，所以申请人利用被申请人对他的信任，要求所有员工都签订劳动合同而唯独他自己却拖延不签，其用意非常明显，就是企图在离职时获得额外的经济赔偿，该行为不应得到法律的支持。申请人在职期间，经人事部员工多次提醒，仍然不提供签订劳动合同的个人资料，拒绝办理签约手续，但物业公司一直按照与签约员工同样对待，为其交纳各项社险、享受各项福利，不知道王某未签书面劳动合同。王某不签合同，在主观意图上，就是想利用法律规定获取利益，为离职后索取双倍工资埋下伏笔，这和《劳动合同法》本身的立法精神是相违背的。因为《劳动合同法》设置八十二条的出发点和立法目的，是针对用人单位故意不和员工签订劳动合同、故意损害员工利益的行为采取的一种惩罚性规定，而如果因劳动者主观故意不签订劳动合同，却由用人单位来承担赔偿责任，显然不公平，也不公正，就等于鼓励员工以各种借口长期拖延、拒不签署本来应该签订的劳动合同，再通过仲裁方式恶意赚取双倍工资，这既不符合《劳动合同法》的立法本意，也与维护社会稳定促进企业经济发展背道而驰。

二、申请人作为公司该项目最高负责人和被申请人高薪聘请的独立管理者，应恪尽职守，勤勉尽职，其在离职后利用自己在职期间的失职行为或蓄意失误来提起仲裁、恶意诉讼，于法于理都不应得到支持

对于申请人的双倍工资请求，请仲裁庭慎重考虑本案申请人作为被申请人的员工时，其工作的特殊性，结合申请人作为独立负责项目操作的公司高管应遵守《公司法》诚实守信、勤勉尽责、尽力维护用人单位利益和《劳动法》职业道德准则的规定，再根据本案实际情况，综合裁定。

我国《劳动法》第三条第二款规定，劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。

遵守劳动纪律和职业道德，是作为劳动者的起码条件。它要求每个劳动者按照规定的时间、质量、程序和方法完成自己应承担的工作，自觉地遵守劳动纪律，维护工作制度和生产秩序。职业道德则是从业人员在为用人单位提供劳动过程中应当遵循的道德，其基本要求是忠于职守，并对社会和用人单位负责。具体到高管工作人员的劳动纪律和职业道德，按照我国《公司法》规定，要求其对公司负有忠实义务和勤勉义务，尽职尽责地维护用人单位的合法利益。

本案中，申请人系被申请人聘任的项目总经理，具体负责项目的运作，

既负责劳动合同的签订、审核,又负责规章制度的建立和完善等,其有合理的防范各项法律风险发生、避免单位发生法律纠纷、把被申请人的损失或风险降到最低限度的职责和义务。现申请人却就其在被申请人处工作十个月期间出现的管理漏洞,而且还是其工作义务范围内出现的失误提请仲裁、要求用人单位支付额外费用,从其岗位职责、专业知识、过错程度等方面考察,责任均在申请人一方。其一,从客观事实方面来看,申请人作为公司全权负责该管理处的管理者,对负责劳动合同签订的人事管理员在业务上具有领导与被领导的关系。所有涉及员工劳动关系法律方面的问题及合同的规范性与否,均与申请人的指导和领导有关,任何一个员工不与公司签订劳动合同,都是申请人的失职;其二,从情理方面设想,申请人与被申请人在工作上有委托关系,基于此双方又产生较高的信任度。这种基于对其高度信任所产生的影响力,常常会超越一般的规章制度,致使用人单位忽视了对申请人在某些方面的监管。而本案负责具体签约工作的人事管理员,曾几次拿着劳动合同要求作为其上级领导的申请人签订,都被申请人谩骂或随便找一个借口拖延,致使合同终未签订。常理上,人事管理员一般也不会或不敢怀疑,更不会想到这是申请人故意留下的一个事后离职索赔的伏笔;其三,申请人作为被申请人派驻某项目的全权负责人,其具有向被申请人指正、纠正其违法违规行为,提出改进和完善建议和意见的义务。申请人在庭审中表述被申请人拒不与其签订劳动合同,却没有举出任何证据证明,试想:如真有此种情形,申请人也有能力更有责任进行纠正,完全不必等到离职后再秋后算账。综上三点,完全可以看出没有签订劳动合同的过错在于申请人一方。申请人原本有能力有义务来规范并要求被申请人与其签订合同,之所以出现了本案纠纷,至少说明申请人没有履行诚实守信、勤勉尽责的职业道德义务。准确地说,只有一个解释,即申请人蓄意不履行职责,不遵守职业道德,从而人为地制造纠纷,进行恶意仲裁以达到其不正当的获利目的。

笔者认为,本案仲裁裁决,对用人单位和员工今后遇到此种情况如何正确解决纠纷,将会起到一个较好的示范作用,特别是对于那些在用人单位承担人事管理工作职责的特殊员工(分管人事领导、人事主管、人事员等),如其不与单位签订劳动合同,无论是故意还是过失,都应认定其本人在主观上存在过错,让其自行承担因此过错产生的不利后果,不能让其本人从自己的过错中获利,而将惩罚施加于用人单位。

劳动争议案件的时效问题

——一起劳动争议案件引发的思考

陆江涛　朱　迪*

案情简介

原告李某于1996年7月开始在被告A公司工作，根据A公司的工作安排，李某被派遣到B公司担任保安员工作。因《劳动合同法》颁布前社会保险制度不完善，无法达到跨区域统筹，考虑到保安员岗位的人员流动性、大多为外地打工者及部分员工在外地缴纳社会保险，A公司于2005年7月至2007年12月每月分别向每一个保安员岗位的员工，以劳动保障费的名义发放80—100元不等的社会保险补贴。2007年12月30日李某与A公司重新签订《劳动合同》，约定了工作时间、工作报酬、工作地点、社会保险缴纳（李某自愿在某市缴纳社会保险，自负部分由公司在李某工资中扣缴）、合同解除等内容，该合同经双方签字盖章后正式生效。2008年1月，《劳动合同法》实施，A公司为加强劳动人事管理，避免用工风险，召开保安员班长以上人员会议，要求从2008年1月1日开始全体保安员实行全面参保，并要求班长向队员传达会议精神，尽快办理参保手续。

后在A公司的催促下直至2009年3月李某方才参加社会保险。同年6月18日，原告李某以A公司一直未为其缴纳社会保险为由向某劳动仲裁委申请仲裁，要求A公司补缴自1996年7月到2009年2月的社会保险。后李某的全部仲裁请求被驳回，李某不服向一审法院提起诉讼。经该院一审审理认为欠缴社会保险的行为具有连续性及不间断性，劳动者对劳动争

* 陆江涛，男，中国人民大学法学院法律硕士，主要从事民商、公司法律事务及公司并购等诉与非诉业务；浙江天屹律师事务所专职律师。

朱迪，男，浙江大学城市学院法学学士，主要从事公司法、合同法、劳动法律事务等民商诉讼业务；浙江天屹律师事务所专职律师。

议发生以前的社会保险均有权请求补缴。此外,国务院《社会保险费征缴暂行条例》于1999年1月22日开始实施,故补缴社会保险的起始时间应按该日确定。因此判决A公司为李某补缴自1999年1月22日起至2009年2月的养老保险、医疗保险,个人应负担部分由个人自行缴纳。

A公司不服一审判决上诉至中级人民法院,经审理中院认为原审法院认定事实不清,依法发回原审法院重审。

争议焦点

李某的仲裁请求及诉讼请求是否超过法律法规对于仲裁时效的限制。包括两个方面:

1. 如何确定本案的争议发生时间?

2. 对于《劳动争议调解仲裁法》及其他法律法规对于劳动仲裁时效的理解。

审理判决

重审法院经审理认为,用人单位应当为劳动者办理社会保险,但劳动者应在法律规定的期限内及时维护自己的权利。本案中,A公司提交的工资表及其他证据可以证明公司从2005年7月起至2007年12月每月以"劳动保障费"等名义向李某发放社会保险补贴,且在保险扣款内容为零。社会保险费是由用人单位缴交部分和劳动者自负部分组成,劳动者个人自负部分应由用人单位在工资中代扣代缴。因此,如果被告为原告缴纳社会保险费,原告自负部分应当在工资中扣除,所以被告未给原告缴纳社会保险的事实在原告每月领取工资时应当明知。且根据A公司会议纪要反映,被告从2008年1月1日开始要求全体保安员实行全面参保,并要求各保安班长向队员传达会议精神,说明原告至少在此时已经知道被告未为其缴纳社会保险的事实。

原告于2009年6月才就社会保险缴纳的争议提请劳动仲裁委员会仲裁,根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定,劳动争议申请仲裁的时效期限为一年,从当事人知道或应当知道其权利被侵害之日起计算。故原告要求被告补缴2008年6月之前的社会保险的请求已经超过仲裁申请时效的限制。因被告自愿从2007年1月起开始为原告补缴养老保险及医疗保险,因此,重审法院判决A公司为李某补缴自2007年1月至2009年2月的养老保险及医疗保险,个人自负部分由个人承担。李某不服判决,提起上诉,经二审人民法院审理判决驳回上诉,维持原判。

经典评析

一、如何确定本案的争议发生时间?

(一)对仲裁时效的起算点难以把握,这是当前审理劳动争议案件中普遍存在的问题。《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定:仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。各地相继采取了不同的做法,造成了当前对仲裁时效起算点适用不同法律法规的局面。以浙江省为例,如浙江省高院民一庭《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》第十三条规定:劳动者与用人单位之间因加班工资发生争议的,其申请仲裁的时效期间为二年,从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算;但劳动关系终止的,其申请仲裁的时效期间为一年,从劳动关系终止之日起计算。但该规定在一定程度上改变了《劳动争议调解仲裁法》一年的仲裁时效的规定。

杭州市中院民一庭关于审理劳动争议案件若干实务问题的处理意见(试行)第二条规定:劳动者诉请用人单位补缴社会保险引发的纠纷,适用仲裁申诉时效的规定,实践中应根据案件的不同情形确定相应的“劳动争议发生之日”:

(1)用人单位与劳动者之间的劳动关系尚未解除或终止,双方就劳动关系存续期间的补缴社会保险问题发生争议的,以劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。

(2)用人单位与劳动者之间的劳动关系已经解除或终止,双方就劳动关系存续期间的补缴社会保险问题发生争议的,以劳动关系解除或终止之日为劳动争议发生之日。

(3)劳动者在用人单位工作期间,用人单位先未为劳动者缴纳社会保险,后开始为劳动者缴纳社会保险的,如劳动者主张补缴此前的社会保险,以用人单位开始为劳动者缴纳社会保险之日为劳动争议发生之日。

(4)劳动者以书面形式承诺放弃用人单位缴纳社会保险义务的,或者确有证据证明劳动者同意用人单位以现金补贴方式免除用人单位缴纳社会保险义务的,如劳动者起诉要求用人单位补缴社会保险,以劳动者书面承诺之日或者用人单位支付给劳动者现金补贴之日为劳动争议发生之日。如据此认定劳动者主张补缴社会保险的诉请未超过仲裁申诉期间的,则判决支持劳动者的诉请。但此时人民法院不宜主动向用人单位释明对已发放的现金

补贴是否提起反诉主张返还。如果用人单位自行提起反诉主张劳动者返还的，则在判令用人单位补缴社会保险的同时判令劳动者返还现金补贴。

（二）具体到本案，原告自2005年7月起就知道或应当知道被告未为其缴纳社会保险。

1.根据被告提供的证据中的工资发放情况可以证明，被告从2005年7月开始至2007年12月一直向原告支付社保补贴，被告在长达几年之久的补贴过程中，原告一直是认可该行为和事实的。上述客观事实已充分说明了原告对被告在2007年12月之前没有为其交纳社保的事实是知道或应当知道的，因此笔者认为本案的劳动争议发生之日应从2005年7月开始起算。

2.被告自2008年1月起要求自行办理社保的员工向单位提供办理证明，在被告多次催促原告后其一直不能提供，因此自2008年1月起，被告已经停止社保补贴的发放。同时，2008年1月被告召开保安班长以上人员会议通知全体保安办理社会保险，会后由保安大队长亲自向原告通知办理社会保险事宜，但原告一直以各种理由拖延办理社保，即原告在此时是知道或应当知道被告未为其缴纳社会保险，此时应为双方劳动争议发生之日。同时，与原告同在某班组的其他员工全部在2008年6月前申请并办理杭州社保也说明当时被告已经通知原告等在内的全部班组成员办理社会保险，因此，2008年1月原告知道或应当知道被告未为其缴纳社会保险，至少该时应为劳动争议发生之日。

3.社会保险费是由用人单位缴交部分和劳动者自负部分组成，被告与原告于2007年12月30日签订的《劳动合同》中第六条明确约定缴纳社保自负部分由公司在李某工资中扣缴。如果被告给原告缴纳社会保险费，原告自负部分应当在工资中扣除，所以被告未给原告缴纳社会保险的事实，在原告每月领取工资时应当明知，可以认定原告在2008年1月及以后每月领取工资时知道或应当知道被告未为其缴纳社会保险的事实。

二、原告起诉是否已过法律规定的仲裁时效？

（一）当前法律规定劳动争议仲裁时效条款。1995年1月1日起施行的《劳动法》第82条规定："提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起60日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。"2008年5月1日起施行的《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定："劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事

人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”

根据浙江省高院民一庭《关于审理劳动争议案件若干问题的意见（试行）》第十二条规定，对《劳动争议调解仲裁法》实施前发生的劳动争议，申请人于该法实施后申请仲裁的，不适用该法关于申请时效的规定，仍按原有规定执行。即在浙江省法院系统，2008 年 5 月 1 日前发生的劳动争议，仍按《劳动法》60 日的仲裁时效规定执行。2008 年 5 月 1 日后发生的劳动争议按《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》一年的仲裁时效执行。

（二）具体到本案，原告仲裁请求已超过仲裁时效。

1. 2005 年 7 月至 2007 年 12 月被告以“劳动保障费”的形式支付给原告社会保险补贴，原告要求被告补交 1996 年 7 月至 2009 年 2 月的社会保险的请求已过仲裁时效。被告开会通知缴纳社保及领取长达 3 年的劳动补贴等事实都能证明被告知道未缴纳社保的情况，但自劳动争议发生之日起至 2009 年 6 月原告向劳动仲裁委员会申请仲裁时已近四年，在此期间原告并未在仲裁时效期限内主张权利，且未提交任何关于诉讼时效中止、中断的证据，因此超过法律规定的诉讼时效，其权利理应不受保护。

2. 被告与原告于 2007 年 12 月 30 日签订的《劳动合同》中约定关于参加社会保险的有关事项，原告知道或应当知道被告之前未为其缴纳社会保险的事实。但原告直至 2009 年 6 月才向劳动仲裁委提出仲裁申请，已超过《劳动法》及《劳动争议调解仲裁法》规定的仲裁时效。

案后反思

原告与被告之间的纠纷是由于我国之前社保政策不完善所产生的历史遗留问题，保安员大多是从农村进城的务工者，具有流动性大、工期短的特性，加之当时社会保险关系不能转移，造成保安员都不同意缴纳社保，更多的是想直接领取社保补贴。浙江省有类似原告的保安员数万人，如都像原告一般在领取长达数年的补贴后又要求缴纳社保的，不仅于法无据，更不符合客观情理。同时，作为用人单位应该依法为员工缴纳社会保险，以免引起不必要的法律纠纷。

就本案而言，公司管理不规范是造成案件发生的重要因素。作为用人单位应该加强劳动人事管理，减少劳动人事法律风险。以该公司举例，如该

公司在 2008 年 5 月前书面通知李某缴纳社保留下记录或召开班组长会议传达会议精神让李某等参会人员签到确认,在李某起诉时拿出上述通知或参会人员签到的相关证据就十分简单地证明李某申请仲裁已过仲裁时效。

律师在为顾问单位服务的过程中,不仅要在单位发生纠纷后采取补救措施,更重要的是在纠纷发生前如何避免。换句话说,就是事后控制不如事中控制,事中控制不如事先控制。每家企业都会面对劳动争议,我们所要做的就是协助企业在人事管理、财务管理等方面做到程序合法、手续齐全、材料完备,逐步避免劳动争议成为企业发展的绊脚石。

非诉法律服务篇





国际工程承包法律服务工作手记

朱宏文　朱　磊*

非诉项目简介

2008年底，在国际承包工程市场中已崭露头角的国有企业委托我所为其菲律宾国际工程总承包项目提供法律服务。本次投标位于菲律宾的一个由美国投资方投资并采用典型国际项目融资模式的电站总承包项目，面对复杂的合同结构、业主配合融资的各项要求以及业主庞大的律师团队，客户深深体会到法律支持的必要性，但对律师能起多大作用还心存疑虑。

客户与业主接洽前，国内其他公司曾与业主开展项目前期合作，在国内寻求出口信贷支持，但因国际金融危机的影响未获成功，项目因此搁浅。2008年下半年，业主重新启动直接向当地商业银行和中国的银行寻求项目融资的方案，并招标选择总承包商。

在此紧要关头参与项目，我们深感责任重大，从审查招标文件开始，出具审查报告，交底EPC合同结构和主要内容，讨论审查报告，商定处理策略和提出投标偏差，赴当地参与业主轮番与各投标方"背对背"的谈判，中标后彻夜审核EPC合同文本，直至项目成功从中国获得近10亿美元贷款并确认每一项开工条件，每一个环节不容懈怠，每一步高效向前推进。

---

* 朱宏文，女，浙江阳光时代律师事务所国际业务部主任、兼职律师，武汉大学国际经济法硕士，擅长外商投资、国际贸易和技术引进、HSE和清洁发展机制（CDM）、国际工程承包、境外投资并购、项目融资以及并购等法律服务。

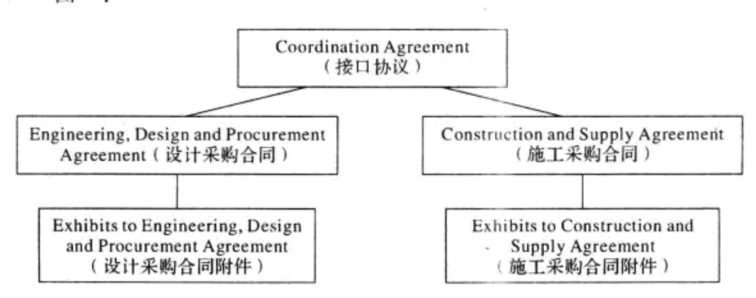
朱磊，女，浙江阳光时代律师事务所，国际业务部专职律师，清华大学法律硕士，擅长境外项目投资、国际工程承包、清洁发展机制（CDM）项目法律服务等。

法律服务亮点

一、快速响应工作需求，及时提供法律支持

接到客户工作指示后，考虑到项目投标时间的紧迫性，我们迅速成立了专门的项目小组，首先对项目总承包招标文件中的EPC合同和投标保函格式进行了全面审查，同时对菲律宾的法律环境包括外国公司承包和实施工程的主体资格、税负等问题进行调研，分析项目的法律可行性和潜在的风险。在短短几天的时间里，我们仔细分析了EPC合同结构安排(如下图所示)和条款，整理EPC合同的重点内容及分析意见，并与客户商定投标策略，在此基础上提出偏差和澄清。

图一：



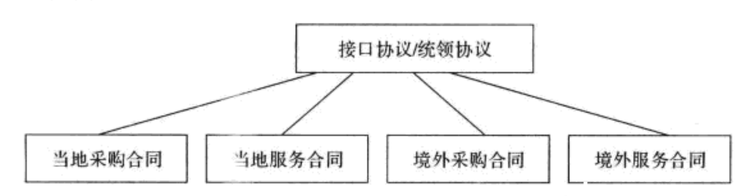
如上图所示，并不是所有的EPC合同都采取FIDIC合同模式，在特定项目中协助客户首先理解合同结构对后期工作非常重要。本项目中，EPC合同被拆分为境外设计采购合同以及当地施工采购合同，接口协议是为处理上述两个合同的衔接以避免因合同拆分引起总体权利义务不清而签署的，效力高于设计采购合同和施工采购合同。起初，客户对这种结构模式不太理解，因为设计采购合同和施工采购合同均按照一个完整的EPC合同框架改造，客户担心这种合同结构会增加风险。

我们利用图示简单清晰地理清了EPC合同的结构，并根据法律调研和多个类似项目的经验，说明采用这种结构模式的原因主要是考虑菲律宾当地施工工作和境外采购税负不同、所要求的具备的主体资格不同，为合理避税和便于在当地设立施工主体而作此安排。然后，我们对EPC合同结构存在的风险进行了分析，经审查接口协议确定的原则，我们认为尽管EPC合同部分条款方面倾向于保护业主利益，但整体结构基本可以接受，从总体责

任来说仍按一份 EPC 合同的原则限定；当然，也提醒在这种合同结构安排下，需重点关注两个合同的原则和主要条款的一致性、是否有重复规定以及责任牵连等问题，还要结合项目的工作内容和成本、税负、汇率等因素适当划分两个合同的价格和确定违约金比例和限额，还需预先考虑设置当地公司签署当地施工采购合同所需时间。

在国际工程承包项目中，因当地工作和境外工作的税负、资质要求不同等原因，除了采用单一的 EPC 合同外，经常将 EPC 合同拆分为当地施工合同和境外采购合同（如本项目 EPC 合同），有时甚至进一步拆分为当地采购合同、当地服务合同、境外采购合同、境外服务合同以及接口协议/统领协议（如下图所示）。国内企业在承包国际工程时，可结合项目所在国的具体环境，安排适合的 EPC 合同结构，以满足项目所在国对外国承包商的资质等要求，简化工作环节，实现合理避税。

图二：



理清合同结构和审查合同内容后，我们向客户提交了总计 23 页的审查报告，除对合同结构进行分析和提示外，就合同生效与开工条件、地质勘探与地质风险、工程适用标准、合同适用法律和争议解决、承包商应提供的 4 项担保、付款、违约金和奖金、性能试验和完工、变更、税收和保险、质量保证责任和潜在缺陷担保责任等多方面内容进行了分析，包括合同中相关安排的总结、问题和风险的分析、处理的建议和对策。考虑到客户项目人员在短时间内难以完全消化审查报告的内容，我们主动向客户提出当面讨论和交流。在 2009 元旦前夕，我们与客户专门召开了 EPC 合同审查讨论会。会上，我们通过 PPT 演示，讲解了 EPC 合同审查要点以及投标处理建议，针对 EPC 合同结构、拆分协议的价格划分、责任衔接、保函、违约金以及潜在风险等问题进行了讨论分析。通过面对面的沟通，项目人员对 EPC 合同有了全方位的掌握，并结合投标形势和策略商定了拟向业主发出的澄清和偏差。会后，我们随即将澄清和偏差意见以英文起草，客户当天发送给了业主，为后来的 EPC 合同谈判打下了较好的基础。

在这一阶段的工作中,我们快速反应的工作态度以及对国际工程承包项目的熟悉程度,在投标阶段处理务实问题的工作作风,给客户留下了良好印象,也显示了律师在项目投标阶段的积极作用。

二、赴菲谈判大显身手,赢得客户认可和业主赞赏

谈判期间,我们与客户项目人员默契配合,对内充分沟通、对外据理力争,通过谈判取得了阶段性成果——双方对拟签署的 EPC 合同文本达成基本共识。

2009 年 1 月中旬,我们随客户前往菲律宾,同业主展开了为期一周的 EPC 合同谈判。赴菲谈判前,我们关注的焦点是招标文件中设定的条件,与业主之间的沟通也主要是针对 EPC 合同提出偏差。但是,抵达菲律宾之后,所面临的状况是业主与三个投标方早、中、晚轮番进行"背对背"的谈判,而我们对另外两位竞标方的具体情况不了解,知己而不知彼,竞争形势十分激烈。在这种情况下,如何在谈判中消除分歧、维护客户的利益并同时表现出客户的优势和确保能获得业主的认同,是竞标谈判的关键。

业主聘请了一家国际知名的律师事务所作为项目的法律顾问,并参与 EPC 合同谈判。从这一点也能够看出,国际工程承包项目中,业主通常都很重视项目的法律问题,并且较信赖专业律师的观点和建议。与其他投标方相比,客户的谈判团队包括我们专业律师,并且我们在谈判时表现出了在工程领域的专业实力和经验,与业主沟通顺畅,这首先就增加了业主对客户的信任,认为客户重视投标项目,并且操作项目的方式非常专业,也符合其复杂的项目融资对法律事务处理提出的高要求。

谈判开始前,我方已将澄清和偏差表提供给业主。偏差表主要针对协议生效条件、开工令、业主融资、承包商调价权利、履约保函、责任及限制等问题,列出业主提供的原合同相关条款内容、我方的修改建议和具体条款表述,以及对修改建议和条款表述的说明。因此,双方进入谈判前即对分歧一目了然,谈判过程中没有在无争议的条款上浪费时间,而是直奔主题,针对我方提出的偏差和 EPC 合同修改意见进行具体讨论。在一周谈判期间,我们每天边谈判边更新偏差表。与业主谈判时,我们配合客户充分表达我方的要求和意见,与业主沟通商务偏差,对双方能够当场达成一致的内容当即修改到 EPC 合同文本中。当天的谈判结束后,我们与客户领导和团队成员进行内部讨论,总结当天的谈判成果、分析谈判形势、权衡双方利益、缩小偏差范围,并提出解决偏差的备选方案。讨论结束后,即使已至深夜,我们也

会根据谈判情况及内部讨论结果进一步审查 EPC 合同、修改偏差表，并将每天更新的偏差表当晚或次日凌晨反馈给业主律师，让业主有时间在第二天谈判前消化仍然存在的问题和我们提供的解决方案。这样，次日继续谈判时双方就有了谈判的基础和方案，加快了谈判节奏，有力地说服业主接受我方意见，缩小双方之间的差距，使业主与客户的谈判远远走在其他竞标方之前，并且讨论更深入。

值得一提的是，谈判开始时，业主的商务人员和技术人员只与我们就纯法律条款进行谈判，其他问题如商务、技术问题就直接与客户项目人员沟通。这也是大多数国际工程承包项目合同谈判的做法，律师只负责法律条款的谈判。但是，在我们的国际工程承包业务中，我们通常是全程参与商务问题的谈判，并主动关注技术问题的谈判结果和处理条款表述及衔接问题。以界定业主的验收义务为例，我们积极参与讨论，讨论过程中关于验收程序和有关技术问题的了解程度让业主颇为惊讶，他们开始搭理我们，并特意了解我们的背景情况，以至我们遗憾出国谈判时为什么没有带一本所的宣传册。随后的谈判虽然也很艰难，但与业主有了较好的沟通基础，加之我们快速的反馈和完备的准备，工作较有成效，不仅受到客户的好评，也得到了业主的赞赏。

我们的工作方式很大程度上节约了谈判沟通的时间，而且在谈判时切实考虑项目环境和所受影响、制约等因素对各方的影响，协助客户制定谈判策略和确定相关问题的谈判底线，并结合以往服务国际工程承包项目的成功经验，提出有利于消除谈判分歧的方案和建议，加快了谈判进程。虽然与客户首次合作，但配合还是非常默契，客户领导充分考虑我们的意见和建议，即便是十分细致的问题也会讨论透彻，并且对我们提出的建议能够及时果断决策，也让我们感受到了客户高效、务实的工作作风，这对于其最终获得项目也是至关重要的。最终，在中国 2009 年新春佳节到来前夕，双方谈判完成，业主最终选择了客户，我们校核文本至凌晨三点小签完成。次日匆匆赶回中国过年，虽然这个年因此过得有些仓促，但客户评价我们为促进中标发挥了重要的作用，让我们内心觉得充实而高兴。

三、执行阶段跟踪服务，审慎尽职控制风险

2009 年 9 月，国内某电力建设公司总承建的国外某电厂项目发生在建烟囱倒塌事故，造成当地 41 名工人死亡。该电力建设公司作为总承包商，将烟囱的设计、施工和工程监理承包给当地一家企业。事故发生后，工程所

在国方面以协助调查事件为理由,禁止89名中国工人和工程师出境。该事故的发生引起了工程所在国和国内相关管理部门以及从事国际工程承包业务的国内企业的广泛关注。在国内企业承包国际工程的快速发展过程中,事故时有发生。加上国际工程承包项目往往涉及金额大,从业人员多,工程周期长,还涉及工程所在国法律、社会、环境等方面因素,项目执行阶段面临各类风险。因此,律师在项目执行阶段提供专业法律支持,协助承包商建立有效风险防范机制,协助处理项目执行过程中的法律及管理问题,显得日益迫切。

本项目客户不仅在投标和EPC合同谈判阶段重视法律支持,在项目实施阶段也非常强调法律风险的控制。为此,我们制定了详尽的项目实施阶段的法律服务方案,并落实了当地法律问题的解决途径。

项目执行开始的一个重要环节就是开工。在国际工程承包项目中,业主通常会对签发开工令设定严格的前提条件,确保承包商有资质和能力履行合同义务;特别是进行项目融资的国际工程承包项目,开工条件还包括融资方对业主和承包商的要求。这类项目的开工条件通常包括:业主与融资方之间的融资文件生效;业主的股权资本金已经到位;项目所需相关许可已经签发;承包商顾问提供法律意见,证明承包商的义务是有效、有约束力并可执行的;业主和承包商投保了要求各方购买的保险;业主依据合同向承包商提供现场;业主收到履约保函等等。如果开工条件无法实现,业主有权单方终止协议,承包商只能被动等待业主终止合同;如果开工条件需要较长时间才能实现,承包商还可能承担高于预期的履约成本,包括汇率和通胀的风险。我们在前期审查招标文件和EPC合同谈判阶段,已针对EPC合同开工条件存在的风险进行分析并提出相关建议,协助客户与业主确定公平和可行的开工条件。项目EPC合同签署后,我们协助客户设立当地主体、申请施工许可、出具法律意见,以满足开工条件中对承包商的要求,使项目不至于因承包商原因不能及时开工,同时严格把握业主应满足的条件,防范承包商开工的风险。

开工条件看起来容易,但真要全部满足需要时日,业主融资关闭即花了至少一年的时间。审查开工条件满足与否的支持性文件也是一项繁杂的工作。本项目中,业主要求客户提供中国(客户所在国)、菲律宾(项目所在国)以及英国(EPC合同适用英国法律)律师出具的律师函,提供关于客户履行项目相关合同义务和签署文件的有效性和可执行性的法律意见。我们作为客户的中国法律顾问出具律师函,并凭借我们与英国某国际知名律师事务

所的业务合作关系，推荐英国律师事务所为客户出具律师函，当然，需向其作很多解释工作。此外，为配合业主融资，我们也从承包商的角度进行配合，包括接受业主担保权益受托人的尽职调查访谈，等等。

开工后，项目实施过程中也可能发生未预料的事情，其妥善处理离不开对合同和法律的精准把握和应用。例如，本项目在开工后遇到一次客户因项目现场条件变更要求索赔的事件，具体是因为施工时在项目现场挖出二战时期遗留的未爆炸的炸弹，并且需要确认码头区域的水下区是否也有遗留炸弹，业主片面利用合同中对其有利的少数条款拒绝关于工期和费用的索赔。我们在了解事件背景后，对业主拒绝索赔的回函内容进行分析、研究项目 EPC 合同相关条款、理清客户可以主张索赔的依据并提出相关处理建议。客户据此与业主协商，并对处理方式和费用达成一致，业主基本同意承担费用。

经典评析

与本项目的客户一样，中国工程承包企业在资源配置全球化和市场竞争国际化的严峻形势下，正迈出“走出去”的步伐，积极开拓国际工程承包市场。目前，市场区域以亚洲、中东、南美和非洲为主，这些国家正处于基础设施建设的高峰期，有众多的道路、桥梁、港口、电力、石油、化工、矿产等大型项目，为中国工程承包企业提供了大量的市场机遇。同时，多数目标国的政治经济形势和国际关系较为复杂，货币、金融市场不太稳定，进出口、劳务、外汇等管制较多，地理和气候条件恶劣，为中国工程承包企业带来严峻挑战。

我们很欣慰地看到，许多企业在海外市场上已取得突出的业绩，创造了良好的经济效益和社会效益。但另一方面，一些企业在国外则遭受重大损失，工程建设受阻，安全事故频发，争议纠纷不断，甚至牵涉国际诉讼和仲裁。虽然我们在介入处理此类事故和纠纷时一样地尽心尽力，和国际合作伙伴一起使出浑身解数，但深深感受到其效果与早期风险防范不可同日而语，维权不易。在服务国际工程承包项目的过程中，我们体会到，“走出去”不在于跨出海关的那一步，还需要在法律意识、管理意识和管理手段上真正“走出去”，与项目当地的环境和所处国际环境接轨，而不能按国内项目管理的习惯来运作国际工程项目。在这个过程中，我们不断学习、总结、提升，践行依靠专业实力预先防范法律风险的理念。

浅析重大输变电工程法律风险防范

刘　营　颜方乐*

非诉项目简介

我国重大输变电项目具有项目资金投入大、建设周期长、涉及范围广的特点,在项目前期、施工建设、竣工验收等整个建设过程中均存在不同形式的风险隐患,而且由于每个环节互相关联、环环相扣,一旦风险隐患转化为现实的法律风险,将会牵一发而动全身,阻碍整个工程项目的顺利开展。本文结合建设工程领域相关案例,对输变电工程项目中主要法律风险进行辨识和分析,并提出相应的法律风险防范措施,为建设单位采取有力措施预防、规避和转移法律风险提供有益建议。同时,本文亦可供其他重大工程项目法律风险管理事务借鉴。

项目主要法律风险

(一)未核先建风险

1. 典型案例

2002年初,某省TB钢铁有限公司(简称"TB")筹划在某市建设新的大型钢铁联合项目。该项目设计能力840万吨,概算总投资105.9亿元人民币。2002年5月,TB公司法人代表先后成立7家合资(独资)公司,把项目化整为零,拆分为22个项目向有关部门报批。2002年9月至2003年11月,市国家高新技术产业开发区管委会、省发展计划委员会、市发展计划与

* 刘营,男,浙江阳光时代律师事务所项目投融资与工程建设业务部专职律师,北京大学法律硕士,擅长招投标,能源电力企业资产并购、重组等法律服务等。
颜方乐,女,浙江阳光时代律师事务所项目投融资与工程建设业务部专职律师,武汉大学民商法硕士,擅长招投标、项目公司设立、投融资、保险及工程建设项目"法律体检"服务等。

经济贸易局先后越权、违规、拆项审批了TB合资公司的建设项目。在“审批程序”完成之前，TB在2003年6月就进入现场施工。2004年3月，省政府责令其全面停工。2004年4月28日，国务院责成该省和有关部门对TB公司违规建设钢铁项目有关责任人作出处理。2009年8月27日，TB公司进入破产重整程序。

2.风险分析

导致重大输变电项目“未核先建”的原因较多，其中最根本的原因在于我国经济高速发展带来的工期紧张与项目核准涉及面广、程序复杂之间存在严重矛盾。由于项目核准属于一种行政许可行为，通过核准的项目意味着国家准予建设单位实施该工程的建设活动。如果建设单位在未取得项目核准的情况下开工建设，不仅违反了国家法规和政策的规定，而且增加工程建设和后续证照办理的难度，甚至可能对工程产生颠覆性影响。《企业投资项目核准暂行办法》(2004年9月15日起施行)规定：“对于应报政府核准而未申报的项目、虽然申报但未经核准擅自开工建设的项目，以及未按项目核准文件的要求进行建设的项目，一经发现，相应的项目核准机关应立即责令其停止建设，并依法追究有关责任人的法律和行政责任。”

3.防范对策

(1)尽早准备项目核准材料，及时办理核准手续。如果项目数量较多且类型单一，可考虑采用集束申报方式，集中多个项目打捆报送核准，以便节省报批时间，及时获得核准。(2)在同类项目中，借鉴其他已获核准项目的方案设计，采用“典型化”和“模块化”设计，减小相似工程之间设计的差异，降低核准的难度，提高核准的通过率。(3)尽量在取得国家发改委核准的书面文件后，依据法律规定的程序有序开展各项建设工作。(4)加强与有关政府部门的沟通和交流，增强其对电网建设促进地方经济发展重要性的认识，取得地方政府部门的支持，积极办理相关证照，尽可能减轻“未核先建”带来的负面影响。

(二)项目用地风险

1.典型案例

YN分公司委托汇达公司承建某500千伏开关站配套线路工程。汇达公司施工建设中，未向当地国土资源部门申请办理征地事宜，而是直接对输电线路塔基占地与村民LZ签订了《杆塔土地征占用补偿协议》。后汇达公司按约向LZ支付了补偿金后，在未办理任何土地审批手续的情况下，开工建设塔基。但在施工过程中，LZ的妻子多次阻挠施工。汇达公司向法院提

起诉讼,并提出先予执行申请。法院最终未支持汇达公司的诉讼请求,致使汇达公司工程被迫停工。

2. 风险分析

当前我国电力法律法规体系还不够健全,电力立法滞后于电力体制改革需要,制约了我国输变电建设工程项目的开展,其中,尤其以项目用地法律风险最为突出。重大工程项目征地往往涉及拆迁和土地补偿问题,是建设单位与被征地农民之间的矛盾焦点问题,极易引发纠纷,引起上访、诉讼等事件,因此,项目用地中的法律风险需要引起足够重视。其中最具代表性的问题表现为:(1)征地主体的问题。我国《土地管理法》规定,国家征收土地的,由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。但实际上,大部分地区输变电建设工程征地工作由电网企业为主组织实施。由于企业不具备行政管理的职权,在征地政策处理中对居民缺乏有效的制约手段,在土地流转加速的情况下企业征地的成本将大大增加。(2)补偿标准的问题。电网建设涉及大量的拆迁和补偿问题,项目所用土地补偿费用目前缺乏统一标准,甚至同一地方同一项目补偿标准都存在很大差异,容易引起受偿人相互攀比,索要高额补偿费用的现象,增加工程造价,影响工程的顺利进行。(3)用地方式的问题。某些地区作出的关于输电线路塔基用地无需征地的规定,与《物权法》、《土地管理法》等法律存在冲突,各地塔基用地方式存在较大的差异,使建设单位对该土地的占用缺乏合法依据,从长期来看可能对工程建设产生一定的潜在风险。

3. 防范对策

(1)加强与土地主管部门的沟通和交流,根据电网设施布局规划预留土地征收指标,及早做好基本农田的置换准备工作。(2)通过各种渠道,争取尽早取得项目核准,并依法及时办理用地手续。(3)在用地手续完备之前,尽量避免与被征地农民发生纠纷事件,努力控制风险的发生。

(三)环境影响评价风险

1. 典型案例

中国 HN 集团公司所属某水电站工程,在建设项目环境影响评价文件未获批准的情况下,于 2009 年 1 月实施截流,进入主体工程施工。中国 HN 集团公司所属某煤电联营三期工程,擅自将批复的环境影响评价文件中确定的直接空冷方式变更为水冷方式。中国 HD 集团公司所属某水电站工程,在建设项目环境影响评价文件未获批准的情况下,于 2009 年 1 月实施截流,进入主体工程施工。上述行为均违反了《环境影响评价法》的规定。

2009年6月11日，环保部宣布，在涉案工程达到整改要求之前，暂停审批中国HN集团公司和中国HD集团公司两家企业除新能源及污染防治项目之外的建设工程。

2. 风险分析

环评批复文件是项目取得核准的必备条件之一。《环境影响评价法》第二十五条规定："建设项目的环境影响评价文件未经法律规定的审批部门审查或者审查后未予批准的，该项目审批部门不得批准其建设，建设单位不得开工建设"。随着环保法律法规的日趋完善，国家对环境保护方面的监管力度也不断提高，加之公众的环保维权意识日益增强，对输变电工程建设项目环境保护工作提出了更高要求。由于环境影响评价中设置了公众参与程序，评价过程中往往会出现较多不可预见、不可控制的因素，加之环评程序较为繁琐，环境影响评价被业内公认为是项目前期最难通过的环节之一。主要的法律风险表现为：(1)程序违规。包括未及时进行环境影响评价、环境影响评价程序倒置、项目发生重大变更后未重新进行环境影响评价。(2)环境影响评价审批机构不当，主要是指审批机构越级审批。环境影响评价审批主体存在瑕疵，将直接影响到项目审批文件的有效性。(3)公示及公众意见调查不到位。环境影响评价必须对敏感地区的公众进行公众意见调查，获得多数公众同意后，方可进行施工建设。如果涉及地区的居民对建设项目排斥，就会给环评工作增加很大难度，阻碍环评工作的顺利开展，而为了及时取得环境影响评价意见，建设单位有时会采取变通手段，从而导致公示与公众意见调查活动存在一定瑕疵。

3. 防范对策

(1)加强对输变电工程电网知识及国家环保标准的宣传工作，减小公众的危惧心理。(2)严格按照《环境影响评价公众参与暂行办法》的规定，开展公示和公众意见调查工作，尤其是对项目选址和路径变更调整的项目。(3)对于符合补偿条件的公众，依法做好补偿工作，消除公众的抵触情绪。(4)加强与当地政府的沟通和联系，寻求理解和支持，争取由当地政府有关部门协助开展公示和公众意见调查工作。

(四)证照缺失风险

1. 典型案例

新南环公司拟在LZ市南环路设收费站。2000年12月26日，自治区人民政府办公厅批复原则同意设置南环路收费站。2001年3月13日，LZ市城市规划局为新南环公司出具了建设工程选址意见书。新南环公司分别

向LJ县建设局、土地局、LZ市建设局申请办理塘头收费站的规划用地手续和施工许可证,均未获批准。仅凭借LZ市计划委员会批复同意新南环公司关于收费站的土建项目计划,以及LZ市建设局审批同意了新南环公司在南环路建设收费站的临时占道等文件,新南环公司即开始建设收费亭。LJ县建设局对此事进行调查后,于2001年12月18日对新南环公司作出限期拆除违法建设收费亭的行政处罚。新南环公司向法院提起行政诉讼。法院认定,新南环公司兴建南环路塘头收费站虽然取得了相关的政府批准文件和规划部门核发的选址意见书,但仍应依法申领建设工程规划许可证和施工许可证,维持LJ县建设局的行政处罚决定。

2. 风险分析

由于核准滞后和施工期限紧张等客观原因,重大输变电项目有时存在证照缺失的情况,包括未办理或取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建筑工程施工许可证、国有土地使用证以及房屋所有权证等权属证照。证照缺失将产生一系列法律风险,主要表现为:(1)建设用地规划许可证是城市规划行政主管部门确认建设项目位置和范围符合城市规划的法律凭证,缺少该证的项目用地属于非法用地。(2)建设工程规划许可证是建设工程符合城市规划要求的法律凭证,没有该证的工程建筑属于违章建筑,不能领取房屋所有权证。(3)建筑工程施工许可证是建设行政主管部门允许工程开工建设的凭证。(4)国有土地使用证是证明土地使用者拥有国有土地使用权的法律凭证,经依法登记的土地使用权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。(5)房屋所有权证是房屋权利人享有房屋所有权的法律凭证,也是房屋权利获得法律承认和保护的依据。缺少建设用地规划许可证和建设工程规划许可证的,还将阻碍后续证照的办理。建设项目缺少上述证照的,将无法获得法律的相应保护。在目前司法判例日趋重视行政主管部门意见的情况下,建设项目在开工前应当取得行政主管部门颁发的建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建筑工程施工许可证、国有土地使用证以及房屋所有权证等权属证明,否则将承担停止建设、改正、罚款、拆除等法律风险。

3. 防范对策

(1)提高对工程建设过程中有关证照重要性的认识,完善相关工作流程。一旦具备办理条件时,应当及时办理。(2)如果因为种种原因无法及时取得,应当积极准备有关资料,尽量争取补办,以避免和减轻证照缺失的影响。

经典评析

法律风险管理相关建议

(一)关注有关行政许可的合法性和准确性

在重大输变电项目建设过程中,将涉及多项行政许可。行政许可文件将构成项目建设的合法性依据,任何许可文件的无效或被撤销都将对项目的合法性产生影响。实践中,很多项目的利害关系人也常常从有关行政许可程序的合法性入手,通过行政复议或行政诉讼的方式来表达和实现其诉求。因此,项目建设单位不仅应关注有关行政许可的程序合法性和有效性,还要注意许可内容的科学、严谨,用词准确,前后一致,图文相符等问题。另外,在收到行政许可机关的批复文件后,建设单位应认真核对,确保批文的内容与申请文件内容及项目建设实际情况相符。

(二)完善制度建设

根据输变电工程项目管理较强的制度化和程序性特点,制定合理的、切合建设单位实际情况的规章制度和操作流程,对涉及法律风险的重要事项进行分析,在企业规章制度和办事流程中对事前预防、事中控制和事后补救的法律风险防范体系作出明确规定,以便明确程序、划清职责、提高效率。

(三)开展专项法律风险评估

开展全面风险管理工作,辨识、分析和评价重大输变电工程建设项目存在的法律风险。通过法律"体检",为工程建设项目进行法律风险的梳理和剖析,并有针对性地提出风险的防范措施和对策,帮助建设单位依法经营,管理和规避法律风险,防范和化解潜在危机,保障建设单位健康有序的经营和发展。

(四)积极推动电力立法进程

当前我国电力法律法规体系还不够健全,电力立法滞后于电力体制改革需要,电力执法主体事实缺位,严重制约了电力发展和输变电工程项目建设。建设单位应积极参与地方相关立法,完善有利于电网建设的法律制度和法制环境。建设单位应积极向有关政府部门反映输变电工程项目建设中存在的困难和问题,通过加强与地方政府、人大、政府部门的沟通,多渠道、多形式反映电力发展中存在的问题,积极提出立法建议,争取立法资源,全力配合推动地方电力立法。

某世界500强公司并购杭州某公司股权项目评述

夏晓明*

非诉项目简介

2009年上半年，顾问单位杭州某医疗器材公司(以下称“目标公司”)的董事长找到我们，表示某世界500强公司对该公司表示出了并购意向，希望我们做好提供全程法律服务的准备。2009年11月，在达成初步的并购意向后，并购方开始了尽职调查，并购程序正式启动。该世界500强公司是以其在中国的投资公司作为并购主体，购买目标公司100%的股权，因此根据《关于外国投资者并购境内企业的规定》，适用外资股权并购的程序。此后，我们受聘担任该并购项目被并购方的专项法律顾问，在近1年的时间中，从尽职调查、谈判、交易框架设计、合同文本修改、签约、审批登记直到交割，为其提供了全程法律服务，并最终在2010年年底前顺利完成了这一外资股权并购项目。

法律意见

关于外资股权并购，以商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》为核心，相关的法律法规应该讲已经较为完善。因此，尽管外资股权并购项目持续的时间较长、涉及的法律问题较多、程序也比较复杂，但总体来说应该是有章可循的，本文无意再对外资股权并购的程序要求和具体规定，多费笔墨进行介绍。在此，笔者结合此次外资股权并购项目的经验和体会，作一些总结，希望能给那些可能成为外国投资者并购对象的企业，尤其是民营企业，提供切实有效的借鉴。

---

* 夏晓明，男，华东政法大学民商法专业硕士，浙江浙元律师事务所专职律师，专业领域为公司、知识产权业务。

一、尽职调查、保证条款及违约责任设置问题

外国投资者并购境内企业尤其是民营企业，尤其重视尽职调查程序。这既是其成熟的并购决策程序的要求，同时也无需讳言，我国的民营企业的确或多或少存在着经营管理不规范问题，在信息不对称的情况下，尽职调查是并购方了解目标公司，评估交易可行性的重要途径。此次项目中，在就交易达成初步的明确意向后，该500强公司正式向目标公司发出了尽职调查要求，并签订了协议，就保密、排他性谈判等问题进行了约定。接下来，该500强公司对目标公司进行了数轮内容详尽的尽职调查，包括聘请会计师事务所、律师事务所、环境监测机构等中介机构，就专业问题出具尽职调查报告。

通过尽职调查，并购方一方面进一步评估并购的可行性，并据此对报价进行调整，另一方面在尽职调查中获得资料和数据，在最终的股权转让协议中都会转化为具体的保证事项，转化成被并购方的保证义务和相应违约责任。对此，作为被并购方，要高度重视尽职调查中提供的各项信息，因为这是正式开始并购程序的第一个步骤，也是决定交易成功与否并影响交易价格的步骤，既要尽量展示企业的价值，又要确保提供资料的准确性。

本次项目中，该世界500强公司，就将尽职调查中被并购方提供的重要信息，都纳入股权转让协议的文本中，其附件“卖方保证”包括从“授权和行为能力”到“遵守反腐败法”等十大方面，数十个小项，并对违反保证义务规定了严格的违约责任，以至于当目标公司原股东拿到股权转让协议初稿时，甚至产生了“动辄得咎”的印象。所以说，尽职调查过程中提供的资料，都需要律师的审核，并与被并购方确认核实。对于股权转让协议中的保证条款，更是要仔细阅读确认，否则一旦写入协议，就要承担保证其真实、准确、无误导的义务。对于确实无法作出保证的事项，一定要实事求是，从协议文本中删去。当然，可能会遇到这样的情况，有些保证事项，并购方认为是股权转让协议中必备的格式条款，拒绝从股权转让协议中删去，此时被并购方如果确实无法保证的，可以采取备忘录的形式豁免相应保证义务，比如本项目中目标公司部分计算机安装了未经授权软件的情况。

值得注意的是，并购方往往对于保证义务约定了严格的违约责任，并且约定了较长的责任期间。这当然是可以理解的，毕竟其付出了相当可观的对价，收购的又是一家外国公司，虽然进行了详尽的尽职调查，但限于各种因素，很多问题可能无法全面了解，或暂时不会暴露，因此在股权转让协议

中,会详尽地规定保证义务,并规定在合同签订后一个较长的时间内,目标公司原股东都需要为保证事项的违反承担严格的违约责任。但是这样的操作,对于被并购方来说也不尽合理,因为通过尽职调查,并购方已经对其想了解的问题进行充分调查,同时以500强公司的标准,民营企业肯定存在着不规范的地方,并购方最终给出的报价也已经充分考虑了这些因素,但是最终协议又规定了详尽的保证条款和严格的违约责任,将不确定因素的风险和心理压力都留给了被并购方。以本项目为例,该世界500强公司最初提出,目标公司的原股东要为其中任何一人违反保证义务的行为,给其或并购后公司造成的任何损失,承担连带的赔偿责任。对此,我们和目标公司原股东提出了设定赔偿责任限额的条款,该500强公司在最初的反对后,考虑到目标公司财务和管理较为规范等实际情况,最终同意,约定上述违约行为造成损失赔偿的金额,在任何情况下都不超过一个固定的限额。同时,对于目标公司股东间承担连带责任的问题,我们也据理力争,提出股东之间均是独立的主体,对于各自的行为应独立负责,最明显的如各位股东的留任及不竞争义务,相互间均无法限制其他股东的行为,无互相"连坐"的依据,如果该500强公司坚持要求股东额外承担连带责任,则要求相应增加对价,最终其同意目标公司原股东各自承担独立的责任。

二、"尾款"和交易框架设置问题

国内股权转让交易中,对于股权转让款,往往会留一部分尾款以约束卖方控制风险,外资股权并购由于信息不对称现象更加突出,因此并购方也有此意图和要求。但是《关于外国投资者并购境内企业的规定》第16条对外国投资者支付股权转让款的时间进行了严格规定,外国投资者并购境内企业设立外商投资企业,应自外商投资企业营业执照颁发之日起3个月内向转让股权的股东支付全部对价,特殊情况需要延长的,也不能超过1年。但是在此次并购中,并购方又确实存在着保留一部分尾款,并在交割后2年内分期支付的需要,因为经过2年时间,目标公司如果存在影响股权价值的问题,应该就能充分暴露出来,目标公司股东对此也表示理解。为了达到这一目的,就需要对交易框架进行相应的设计。出于这个考虑,该500强公司最初提出从股权转让款中划出一部分,以鼓励留任奖金的形式,另行签订《鼓励留任协议》,作为目标公司原股东在交割后继续服务于目标公司且无违约行为的奖励,分2年各支付50%。根据该方案,并购方达到了其意图,但是这部分所谓的奖金,性质却模糊了,不再是股权转让款,而可能被认为是工

资薪金所得或者劳务收入，根据《个人所得税法》及其实施条例，对于前者在扣除每月2000元扣除额后，适用从5%至45%的超额累进税率，对于后者，适用20%的税率，但是一次收入畸高的，将加征五成或十成的个税，而按鼓励留任奖金的数额，目标公司股东都将增加个税支出。因此，目标公司原股东否决了并购方提供的鼓励留任协议及相应方案。

最终经过多轮协商，双方采纳了资金监管的方案，由该500强公司在双方共同选定的银行设立监管账户，目标公司股东在收到股权转让全部对价后，将其中一部分金额作为保证金存入监管账户中，在目标公司股东无违约行为的情况下分2年各返还50%，如果目标公司股东出现双方一致确认的违约行为，则将相当于由此造成的损失金额释放给并购方，而如果对违约行为认定存在争议的，则将相应金额保证金冻结在监管账户中，并根据仲裁结果，来决定是否将其释放给并购方。该方案既满足了法规的要求，又兼顾双方的利益，尤其是避免了目标公司股东因此而多缴纳税款的问题。

三、交割前过渡期安排问题

外资股权并购，与国内的股权转让相比，股权转让协议的签订还远不意味着项目法律服务的完成。因为签订股权转让协议后，到最后正式交割，期间还有很多程序需要完成，包括向外经贸主管部门申请审批，同意股权转让及目标公司变更设立为外商投资企业，期间可能还需要征求贸易部门、发改部门、行业主管部门的意见，如果符合经营者集中申报条件的，还需要进行反垄断审查，因此就存在一个过渡期，这个时期可能持续的时间还比较长，以此次并购项目为例，就达到了6个月之久。

过渡期股权转让协议已经生效，但是目标公司还未交割，工商登记还未变更，公司从法律上和实际管理上，还是目标公司原股东在负责，但是如果股权转让协议顺利履行，并购程序顺利完成，目标公司的权益最终将归属于并购方，因此并购方又需要对过渡期中目标公司的经营管理加以控制。在股权转让协议中，就需要以专门的条款，对过渡期目标公司及股东的经营管理进行规定，即所谓的卖方承诺条款。此次并购项目中，该500强公司就在《股权转让协议》的"卖方承诺"一条中，对于协议签订后至目标公司交割前，目标公司股东应该采取的积极行为，如确保"目标公司应仅进行一般及惯常的业务"，以及在未获得并购方书面许可前，不得进行的消极行为，如"以任何形式进行新的业务或投资"，进行了详细的约定。在"卖方承诺"条款的谈判和拟定中，作为目标公司股东的法律顾问，应该仔细审查并与目标公司原

股东充分沟通,确保承诺事项切实可行,在保护并购方利益和目标公司价值的基础上,又要确保过渡期生产经营能够正常进行。因为如果这一时期,目标公司股东不能正常地进行生产经营,不但会影响目标公司的价值,也会影响最终的对价(在外资并购中,对价往往不是固定的,最终将根据交割时目标公司的财务指标,对对价进行调整)。而一旦确定了"卖方承诺"条款并签署了股权转让协议后,目标公司原股东就要调整经营意识和习惯,因为之前民营企业往往由股东直接经营管理,相应地比较灵活高效,但往往不是很规范,也缺少制约。协议签订后,目标公司原股东要严格依据合同条款,根据卖方承诺条款的内容来进行日常的经营管理。比如对于未获得并购方书面同意,不得采取的行为,如果要实施的,就必须事先获得并购方的书面同意。对此作为法律顾问,要注意提醒目标公司原股东在过渡期严格依照股权转让协议行事,不能认为签署了股权转让协议,并购交易就已经完成。

四、对价调整条款问题

上面谈到,外资股权并购项目,股权转让协议签订后到目标公司交割,期间有一个相对较长的过渡期。在此时期,目标公司仍由原股东负责生产经营,但是目标公司相应的经营成果,最终将由并购方来承担,因此为了控制风险并激励目标公司原股东,股权转让的总对价往往不是一个固定的数字,而是会设置专门的对价调整条款,通过交割日目标公司若干财务数据的考核,对总对价进行调整。此次并购项目也不例外,该500强公司就设置了交割日目标公司现金额、库存额作为总对价调整的指标。以现金指标为例,股权转让协议根据尽职调查的数据,并结合目标公司的经营状况,预先设置一个交割日的账面现金目标,如果交割日实际现金额与目标有差额的,则对总对价进行相应的增减。由于总对价调整的指标不可能面面俱到,那样交易将过于繁琐,且无异于在交割时对公司价值重新进行了一次评估,因此作为被并购方,就应该善于理解并把握总对价调整的指标,在不违反"卖方承诺"条款的前提下,对过渡期目标公司的经营进行适当调整。以此次项目为例,由于交割日现金是调整总对价的因素,因此在过渡期中,对于正常的应收应付账款就应该加强管理和调整,显然尽快收回应收款和适当利用应付款账期,能够达到增加交割日现金额,并上调总对价的目的。同样地,尽量销售库存,将库存转化为销售收入,交割日现金额将增加,虽然库存额将减少,但由于利润的因素,无疑总对价通过调整将获得上调。此外,对于并购方要求目标方在过渡期需要采取的行为,比如此次并购项目中,并购方要求

目标公司在过渡期在美国进行商标注册，因此而支出的现金，应该明确约定可以从交割日现金目标中扣除。

因此，对于对价调整条款的设计，被并购方律师如果能结合目标公司的实际，合理设计，将会使被并购方获得可观的利益。

经典评析

此次外资股权并购项目，一方是世界500强公司，也是该领域世界最大的制造商，而目标公司虽然也是国内该行业的领军企业，但作为一家成立仅10年的中国民营公司，股东均为自然人，双方在经济实力、行业地位，特别是在公司并购经验方面存在着比较明显的差距。体现在对于本次项目的投入上也显得较为悬殊。并购方为此次并购项目，专门从美国指派了公司并购部门一位资深经理具体负责，并聘请了专项的法律顾问、财务顾问，同时对于环保、职业病等事项专门委托中介机构评估检测；而目标公司一方，除了聘请我们为专项法律顾问外，包括财务在内的事项，均由公司内部各部门负责支持。在项目进展过程中，在感受到并购方的专业和高效外，也感受到了其“优越性”和“强势”的一面。在项目的进行过程中，并购方始终处于较为主导的地位，交易的框架、合同文本均由其首先提出。这种情况是否意味着作为被并购方的法律顾问，工作相对轻松呢？恰恰相反，我们认为，这因为双方在实力上的客观差距，被并购方更加应该注意，对于交易条款的设置及细节要慎之又慎，对于事关被并购方权益的问题要据理力争，根据具体情况大胆提出方案及建议。当然，前提是要对外资并购的程序和法律法规有熟练的把握，同时掌握一定的税收、财务等知识，再对项目特点和客户需求有明确的了解，这样提出的意见和方案才能做到既有针对性，保护了客户的利益，又能有理有据，让并购方接受。



中小板上市法律实务解析

——以某重工股份有限公司在中小板上市为例

梁　瑾　张倩瑜*

案情简介

一、公司的上市概况

2010 年 12 月 15 日,某重工股份有限公司(以下简称"某重工"或"公司")通过中国证监会的审查,顺利过会。笔者有幸参与了公司上市的整个过程。

某重工股份有限公司是注册于 A 市 B 区的一家股份有限公司,是一家典型的从事传统行业的企业。

某重工首次公开发行人民币 A 股普通股 2500 万股,发行价格初步询价定为每股 20 元,市盈率为 31 倍。上市即将为企业带来的不只是资金,更是在全球化社会中传统行业再次起飞的机会。

二、公司上市的过程

2010 年 12 月 15 日,某重工中小板发行上市通过中国证监会发行审核委员会的同意,成为浙江民营企业上市的又一成功案例,为当地及同行业的企业所羡慕。机会总是留给有准备的人。回顾笔者与某重工的合作经历,这一条上市路整整走了三年多。

2007 年笔者初次接触该企业时,对该企业的第一印象是传统企业,虽

---

* 梁瑾,女,英国曼彻斯特大学法学硕士,上海市锦天城律师事务所杭州分所二级合伙人,专职律师,擅长金融证券及公司业务。
张倩瑜,女,华东政法大学法律硕士,上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师,主攻金融证券及公司业务领域。

然没有华丽敞亮的办公大楼，但是公司的各位员工都忙碌于其中，工作态度非常地积极。作为一家传统企业，公司向我们展示了其在行业中的领先地位以及漂亮的财务报表。这给予了我们对公司上市很大的信心。

在为该企业服务的三年时间中，某重工在上市的征途中迈出了一个个稳健的步伐。2007 年实现净利润 4439.61 万元；2008 年实现净利润 6181.89 万元；2009 年 9 月 30 日，公司整体变更为股份有限公司，并且于该年度实现 6763.97 万元的净利润；2010 年上半年实现利润为 3,189.19 万元。公司联合各中介机构自 2009 年下半年开始进行上市申报材料的制作。

2010 年 3 月公司向证监会递交了申请材料，自此，一系列密集的上会活动拉开序幕。

2010 年 3 月 26 日，公司向中国证监会递交了申请材料；

2010 年 7 月 2 日，获得中国证监会第一次书面反馈；

2010 年 9 月 17 日，向中国证监会递交根据首次反馈材料制作的答复资料；

2010 年 12 月 13 日，公司上市申请获得中国证监会中小板发行审核委员会的答复；

2011 年 1 月 13 日，公司取得中国证监会颁发的核准发行上市的批文；

2011 年 2 月 24 日，某重工在深圳证券交易所成功挂牌交易。

法律意见

由于主办了某重工中小板上市项目，因此对企业在中小板上市应关注的法律问题有了较深的了解。在下文中，笔者将就 IPO 过程中遇到的重点法律问题进行阐述。

一、中小板上市的实质性条件

《公司法》、《证券法》以及《首次公开发行股票并上市管理办法》（以下简称“《管理办法》”）规定了中小板上市企业应符合的条件。总结起来，主要是以下三个方面。

第一是财务方面的条件，这也是企业能否在中小板上市的实质性条件。根据《管理办法》第三十三条的规定，发行人应满足：（一）最近 3 个会计年度净利润均为正数且累计超过人民币 3000 万元，净利润以扣除非经常性损益前后较低者为计算依据；（二）最近 3 个会计年度经营活动产生的现金流量净额累计超过人民币 5000 万元；或者最近 3 个会计年度营业收入累计超过

人民币3亿元;(三)发行前股本总额不少于人民币3000万元;(四)最近一期末无形资产(扣除土地使用权、水面养殖权和采矿权等后)占净资产的比例不高于20%;(五)最近一期末不存在未弥补亏损。

第二是独立性方面的条件。《管理办法》第十四条规定,发行人应当具有完整的业务体系和直接面向市场独立经营的能力。第十五条至十九条分别规定了发行人的资产完整、人员独立、财务独立、机构独立及业务独立。

第三是公司治理方面的条件。为了更好地保护上市公司的利益,保护公众投资者的权益,监管部门对中小板上市企业提出了严格的规范治理方面的要求。《管理办法》第二十一条规定:"发行人已经依法建立健全股东大会、董事会、监事会、独立董事、董事会秘书制度,相关机构和人员能够依法履行职责。"

二、历史沿革中关注的法律问题

在每一个IPO案例中,历史沿革都是律师工作的重点和难点,在某重工中小板上市的过程中也不例外。某重工在历史沿革上主要碰到了两个法律问题:第一是股份合作制企业在改制后成为公司时的合法性问题;第二是集体股权转让时的合法性问题。

第一个问题,证监会主要关注的焦点是股份合作制企业在改制时是否获得相关主管机关的批准,履行了相应的法律程序,即是否进行了清产核资、产权界定和资产评估。改制为公司后,原来股份合作制企业的产权变动手续、工商变更登记和土地使用权变更登记,相关财产转移手续是否办理完毕,原股份合作制企业的职工安置问题如何解决,股份合作制企业阶段尚未支付的和核销的债务是否履行完毕等方面。我们通过核查书面资料,与当地政府、当事人进行访谈等,搜集了详尽的证据,并发表了确凿的法律意见。最终,某重工这一问题得到了某省人民政府出具的确认文件,确认了其从股份合作制企业改制成为公司系合法有效。

对于第二个问题,我们是从形式和实质两个方面来进行判断。先是对集体股权转让的书面资料进行了核查,并对当时参与此次股权转让的相关人员进行了访谈,搜集了确凿的证据,证明了该次股权转让确实没有损害集体的利益,并在法律意见书中对此发表了明确的意见。最后,该集体股权转让行为获得了某省人民政府出具的确认文件,确认了该次转让是合法有效的,没有损害集体和国家的利益。

对于从事IPO业务的律师而言,一定要对拟上市主体以及其关联方所

涉及的集体资产及集体股权有充分的敏感,并且对此予以足够的重视。历史沿革问题是证监会审核 IPO 项目中最关注的法律问题之一,这个问题解决与否直接关系着企业 IPO 的成功与否。某重工能够顺利过会也是基于其对该问题引起了足够重视,并且对此进行了妥善的处理。

三、实际控制人问题的判断与处理

《管理办法》第十二条规定:"发行人最近 3 年内主营业务和董事、高级管理人员没有发生重大变化,实际控制人没有发生变更。"因此,实际控制人的判定与处理在 IPO 实务中是我们需要关注的一个非常重要的问题。

在实务中,由于实际控制人的认定问题而最终造成企业不能过会也已经是属于业内公认。对于多人共同作为实际控制人的情况,除需满足《公司法》附则中的定义,"实际控制人,是指虽不是公司的股东,但通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人"。除此之外,我们认为在实务的处理中仅这一条还是太过抽象,应该满足以下几点内容:

(1)每人都必须直接持有公司股权和或间接支配公司股份的表决权;

(2)拟上市公司治理结构健全,运行良好,多人共同实际拥有公司控制权的情况不影响发行人的规范运作;

(3)多人共同拥有公司控制权的情况,一般应当通过公司章程、协议或者其他安排予以明确,有关章程、协议及安排必须合法有效,权利义务清晰、责任明确,该情况在最近三年内且在首发后的可预期期限内是稳定、有效存在的,共同拥有发行人控制权的多人没有出现变更。

四、关联公司与关联交易的处理问题

公司的关联交易是我们上市过程中关注的另外一个焦点问题。《管理办法》第十九条规定:"发行人的业务独立。发行人的业务应当独立于控股股东、实际控制人及其控制的其他企业,与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不得有同业竞争或者显失公平的关联交易。"《管理办法》第二十七条规定:"发行人有严格的资金管理制度,不得有资金被控股股东、实际控制人及其控制的其他企业以借款、代偿债务、代垫款项或者其他方式占用的情形。"

我们在解决此类问题时,采用以下两种方法进行。一方面通过调查公司关联人的工商资料、关联交易合同及关联往来的账务,在律师工作报告中对公司的关联人及关联交易进行详细的描述;另一方面,我们也敦促公司要

依照公司章程及相关制度办事,尽量减少可以替代的关联交易,并确保必须要进行的关联交易的公允性。

民营企业在创业的初期都会面临很多难题,特别是对资金的需求方面,因此很多企业都存在或历史上曾经存在关联公司之间的资金互相占用问题。对于资金占用这个问题,一方面要尊重企业发展的现实,另一方面也要满足上市审核的要求。作为律师,在这个问题的处理上,我们首先要提醒企业特别关注这个问题,并要求企业逐步、分批解决此问题,完成在上市申报前的彻底清理,并坚决杜绝此类情形的再次出现。

从本次证监会对该问题的审核态度来看,监管部门能够理解民营企业在历史上存在不规范的原因,但是为了保证上市后公司以及公众投资者的利益,需要申报企业彻底解决资金占用的不规范问题。

五、发行人所在的行业问题

证监会在反馈中问到拟上市公司所在行业及其下游行业是否属于产能过剩企业。由于这一问题直接关系到拟上市公司是否具有持续盈利能力,因此我们对这一问题引起了足够的重视。通过对行业的现状及未来发展进行了解,还对行业相关人员进行了访谈,并且寻找了许多政府对该行业认定的发问,综合判断,我们认为拟上市企业不属于产能过剩企业。这一意见后来得到了国家相关部门的认可,并由相关部门对此进行了书面的确认。

经典评析

2010 年末,证监会首度在其网站披露 2010 年部分拟上市公司被否的具体原因。据初步统计,2010 年主板被否企业 2 家,中小板被否 37 家,4 家中小板企业被取消审核或暂缓表决。其中,13 家企业因持续盈利问题被否;4 家企业因关联交易问题被否;3 家企业因独立性问题落马;还有 2 家企业分别因会计政策与信息披露出现问题而未过会。未过会企业的具体原因主要集中于持续盈利能力、关联交易及独立性。下面笔者将对这三个原因进行详细的分析。

一、是否具有持续盈利能力

公司的持续盈利能力,因由其实质的生产经营状况而定,其直接反映在财务数据上,且难以后续"补救",因此成为被否案例中的大多数。

判断一个拟上市公司是否具有持续盈利能力,可从以下几个方面进行

考虑：

第一，销售结构和服务模式发生变化，及其对公司带来的财务状况不利影响。

以某燃油股份有限公司（下称燃油公司）为例。发审委指出，燃油公司批发业务占比逐年下降，零售业务逐年上升，新拓展了水上加油业务，且公司计划通过2—3年的发展，使批发、零售、水上加油的业务量各占1/3左右，因此发审会认为，该公司主营业务变化引起燃料油库存规模增加、信用销售账期延长、存货周转率和应收账款周转率大幅降低、占用流动资金大幅上升等财务状况的不利变化。故燃油公司在近三年中经营模式发生重大变化且经营时间较短，无法判断公司持续盈利能力。

第二，公司的行业地位和行业环境。

比如发审委指出淮安某公司的主营业务是化工原料和中间体产品生产，但是和同行业的其他企业相比，其规模较小，不具有竞争优势。

行业环境包括该行业是否为国务院认定的产能受限行业、行业外部环境。以浙江某科技股份有限公司为例。其主营的风电设备铸件就被确定为是产能过剩行业，发审委由此判断发行人所处行业的经营环境发生重大变化。在新疆某矿业股份有限公司的案例中，发审委指出，2010年4月下旬开始，国内钢价进入下跌通道，钢企需求缩减，铁矿石现货价格接连下跌，公司的业绩受产品价格波动影响较大。

第三，商标、专有技术、特许经营权存在重大不利变化。

“郑单××”玉米种子的销售收入是河南某股份有限公司收入和盈利的主要来源，但是该品种权的剩余保护期截止2009年12月仅为7年，保护期结束后，其他种子经营企业无须经过授权即可自主经营“郑单××”玉米种子，因此，发审委认为公司将面临更为激烈的市场竞争，其收入及盈利必然会受到很大影响。

二、关联交易及独立性

关联交易及独立性问题成为许多拟上市企业最终未过会的第二大原因。

证监会有关部门相关人员曾非常强调关联交易问题。其指出，关联方的认定应按照会计准则要求，主要是报告期内的关联方，就算是之后处理了也要披露。并强调关联交易的审核标准是实质重于形式，故一定要程序合规，内容合法。发审委认为浙江某袜业股份有限公司对某些关联交易解释

不充分导致了公司独立性有瑕疵。

同时,关联方非关联化一定要真实。比如山东某科技股份有限公司与潍坊某公司签署了一份《商标许可使用协议》,许可潍坊某公司无偿使用申请人拥有的一个商标,由于潍坊某公司系山东某科技股份有限公司实际控制人所控制,因此发审委认为上述商标许可行为属于关联交易,且因该使用行为费用为零,故应属于关联交易定价不公允。



后　记

英国科学家培根说:"我们不应该像蚂蚁,单只收集;也不可像蜘蛛,只从自己肚中抽丝;而应像蜜蜂,既采集又整理,这样才能酿出香甜的蜂蜜来。"一些好律师之敬业精神真如一只勤劳的蜜蜂。执业多年,我们深深感到,律师代理案件中的思路和实务技能是一门综合性较强的学问。

本书所载案例,都是浙江省省直律师亲自代理主办的。出版此案例,能总结各律师成功的办案经验与体会,以利于日后的工作,也利于与同行、读者切磋交流,抛砖引玉,求得共同进步。本书与《律师实务研究》为姊妹系列。本书重律师实践、经验和技能,后者重律师实务理论,姊妹书系列相辅相成。在条件成熟时,姊妹书系列将再出新书。

由于水平有限,本书难免有不当之处,故祈望专家、同行和读者指正,不胜荣幸!

本书编委会

2011 年 6 月